

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
مَنْ بَدَأَ خَيْرًا فَإِنَّ اللَّهَ يَبْدَأُ لَهُ خَيْرًا

مَوْجِعًا

لِحِكَايَةِ الْأَطْفَالِ وَإِدْرَاكِهَا

بِقُدْرَةِ تَهْيِئَةِ تَمِيمٍ مَسْجِدٍ وَرَبِّهِ وَوَالِدَيْهِ وَرَبِّهِ

بِأَمْرِ

مَجْلِسِ تَهْيِئَةِ تَمِيمٍ مَسْجِدٍ وَرَبِّهِ وَوَالِدَيْهِ وَرَبِّهِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

موسوعه احكام الاطفال و ادلتها : مقارنه تفصيليه بين مذهب الاماميه و المذاهب الاخرى

كاتب:

محمد جواد فاضل لنكرانى

نشرت فى الطباعة:

مركز فقه الائمه الاطهار عليهم السلام

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٢٢	موسوعه احكام الاطفال و ادلتها : مقارنه تفصيليه بين مذهب الاماميه و المذاهب الاخرى المجلد ٢
٢٢	اشارة
٢٢	[تتمه الباب الرابع فى الولاية على الأطفال]
٢٢	الفصل السادس فى ولاية الوكيل
٢٢	اشارة
٢٣	المبحث الأول: معنى الوكالة و ذكر الأقوال فيها
٢٥	المبحث الثانى: أدلة هذا الحكم
٢٧	المبحث الثالث: ولاية الوكيل عند الجمهور من أهل السنة
٢٧	اشارة
٢٧	أ- المالكية
٢٨	ب- الحنابلة
٢٨	ج- الحنفية
٢٨	د- الشافعية
٢٩	الفصل السابع فى ما يترتب على نكاح الصغيرين
٢٩	اشارة
٢٩	المبحث الأول: التوارث بين الصغيرين
٢٩	اشارة
٣٠	أدلة توارث الصغيرين عن الآخر
٣١	إذا عقد على الصغيرين غير وليهما
٣٣	الجواب عن شبهتين فى الصحيحة
٣٣	رأى بعض أهل السنة فى المسألة
٣٤	المبحث الثانى: من عليه المهر

- ٣٤ اشارة
- ٣٧ تترتب على هذه المسألة فروع:
- ٣٨ رأى بعض أهل السنّة فى ضمان الأب، المهر:
- ٣٩ المبحث الثالث: الحرمة بالمصاهرة
- ٣٩ اشارة
- ٣٩ المسألة الاولى: نكاح امّ الزوجة الصغيرة
- ٣٩ اشارة
- ٣٩ [القول] الأوّل: عدم الحرمة.
- ٤٠ اشارة
- ٤٠ أدلّة قول الأوّل
- ٤٠ اشارة
- ٤٠ الأوّل: أصالة الإباحة.
- ٤١ الثانى: قوله- تعالى:- [وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ]
- ٤٢ الثالث: الأخبار الكثيرة:
- ٤٣ [القول الثانى] حرمة امّ الزوجة الصغيرة على الزوج
- ٤٤ اشارة
- ٤٤ أدلّة هذا القول
- ٤٤ الترجيح للأخبار التى دلّت على التحريم
- ٤٧ [القول الثالث] التوقف فى المسألة
- ٤٧ آراء فقهاء أهل السنّة فى المسألة
- ٤٨ رأى المحقق القمى فى تزويج الصغيرة
- ٥٢ الجواب عن المحقق القمى رحمه الله
- ٥٤ [المسألة الثانية و الثالثة] حرمة زوجة كلّ من الأب و الابن على الآخر
- ٥٤ المبحث الرابع: عدم جواز وطء الزوجة قبل التسع

- ٥٦ اشارة
- ٥٦ المطلب الأول: حرمة وطء الزوجة قبل التسع
- ٥٨ المطلب الثاني: حكم الدخول بالزوجة قبل التسع
- ٦٠ المطلب الثالث: عدم كون الإفضاء موجباً للبينونة
- ٦٠ المطلب الرابع: وجوب الدية بالإفضاء
- ٦١ اشارة
- ٦٢ الطائفة الثانية:
- ٦٣ المطلب الخامس: وجوب نفقتها على الزوج
- ٦٤ المطلب السادس: وجوب المهر لها
- ٦٤ المطلب السابع: جواز وطئها لو اندمل الموضع
- ٦٤ اشارة
- ٦٤ آراء فقهاء أهل السنة في جواز وطء الصغيرة قبل التسع
- ٦٤ اشارة
- ٦٥ أ- الحنفية
- ٦٥ ب- المالكية
- ٦٥ ج- الحنابلة
- ٦٥ د- الشافعية
- ٦٦ المبحث الخامس: حكم نفقة الزوجة الصغيرة
- ٦٦ اشارة
- ٦٦ [للزوجين بالنسبة إلى وجوب النفقة و عدمه أربع حالات]
- ٦٦ أما الأولى: فخارج عن مورد بحثنا الآن
- ٦٦ و أما الثانية: فيظهر حكمها مما يأتي البحث في الحالة الثالثة والرابعة.
- ٦٦ و أما الثالثة: و هي ما إذا كان الزوج كبيراً و الزوجة صغيرة
- ٦٦ اشارة

- ٦٦ لو كانت الزوجة صغيرة؟ قولان:
- ٦٦ اشارة
- ٦٧ [القول] كون وجوب النفقة، مشروطاً بالتمكين الكامل
- ٦٧ اشارة
- ٦٧ أدلة اشتراط وجوب النفقة بالتمكين
- ٧١ [القول الثاني] اقتضاء عقد النكاح بذاته للنفقة
- ٧١ اشارة
- ٧٢ أدلة هذا القول
- ٧٦ [و أما الحالة الرابعة أن تكون الزوجة كبيرةً و الزوج صغيراً]
- ٧٦ [القول الأول] عدم وجوب النفقة على الزوج الصغير
- ٧٦ اشارة
- ٧٦ أدلة هذا القول
- ٧٨ [القول الثاني] وجوب نفقة الزوجة على الزوج الصغير
- ٧٨ آراء فقهاء أهل السنة في نفقة الزوجة الصغيرة
- ٨٠ المبحث السادس: حكم عدة الصغيرة في الطلاق
- ٨٠ اشارة
- ٨١ جواب العلامة و الشهيد عن استدلال السيد المرتضى
- ٨٣ الروايات التي تدلّ على مذهب السيد المرتضى و أتباعه
- ٨٤ إيضاح:
- ٨٤ عدم وجوب العدة على الزوجة الصغيرة
- ٨٥ أدلة عدم ثبوت العدة للصغيرة
- ٨٧ وجوب عدة الوفاة على الزوجة الصغيرة
- ٨٩ رأى فقهاء أهل السنة في عدة الصغيرة
- ٨٩ وجوب الحداد على الزوجة الصغيرة

- ٩٢المبحث السابع: عدم الولاية على الطلاق
- ٩٢اشارة
- ٩٣أدلة عدم جواز طلاق الولي عن الصبي
- ٩٥آراء فقهاء أهل السنة في هذه المسألة
- ٩٧تنبيه
- ٩٨الفصل الثامن في النظر إلى الصبي و الصبية و لمسهما و تقبيلهما
- ٩٨تمهيد
- ٩٨المبحث الأول: النظر إلى جسد الصبية و الصبي و عورتها
- ٩٨أ- النظر إلى الصبية
- ٩٨اشارة
- ٩٩أدلة جواز النظر إلى الصغيرة
- ١٠٢عدم جواز النظر إلى الصغيرة مع تلذذ و شهوة
- ١٠٢ب: نظر المرأة إلى الصغير
- ١٠٣ج: نظر الصبي إلى المرأة الأجنبية
- ١٠٣اشارة
- ١٠٦إيضاح
- ١٠٦د: النظر إلى عورة الصغيرة
- ١٠٧ه: نظر المميز إلى عورة الرجل أو المرأة
- ١١٠المبحث الثاني: لمس الصبية و الصبي
- ١١٢المبحث الثالث: تقبيل الرجل الصبية و المرأة للصبي
- ١١٢اشارة
- ١١٢المطلب الأول: تقبيلها قبل أن يأتي عليهما ست سنين
- ١١٢اشارة
- ١١٢أدلة هذا الحكم

- ١١٥المطلب الثاني: تقبيلها بعد أن يأتي عليها ست سنين
- ١١٥إشارة
- ١١٧إيضاح
- ١١٧أنظار فقهاء أهل السنّة في مباحث هذا الفصل
- ١٢١الفصل التاسع في ولاية الأب و الجدّ على أموال الصغار
- ١٢١تمهيد
- ١٢٢المبحث الأول: ثبوت ولاية الأب و الجدّ على الأموال و أدلتها
- ١٢٢إشارة
- ١٢٥إيراد المحقّق الاصفهاني و الجواب عنه
- ١٢٦إيراد المحقّق الإيرواني و السيّد الخوئي و الجواب عنهما
- ١٢٨الإيراد على الاستدلال بهذه الأخبار و الجواب عنه
- ١٣١«الولاية على أموال الصغار عند فقهاء أهل السنّة»
- ١٣٣المبحث الثاني: تعميم الولاية للأجداد كلهم
- ١٣٣إشارة
- ١٣٣المطلب الأول: عدم اختصاص الولاية بالجدّ الداني
- ١٣٣إشارة
- ١٣٤الإيراد على الاستدلال و الجواب عنه
- ١٣٥المطلب الثاني: كون الأجداد في مرتبة واحدة
- ١٣٦المطلب الثالث: تقارن تصرف الأب و الجدّ
- ١٣٦إشارة
- ١٣٧آراء فقهاء أهل السنّة في مسائل هذا المبحث
- ١٣٨المبحث الثالث: شرائط ولاية الأب و الجدّ على أموال الصغار
- ١٣٨إشارة
- ١٣٨المطلب الأول: اشتراط العدالة

- ١٣٨ اشارة
- ١٣٨ أقوال:
- ١٣٩ [القول الأول: أنه يعتبر في موضوع ولاية الأب و الجدّ العدالة]
- ١٣٩ اشارة
- ١٣٩ أدلة هذا الشرط «١»
- ١٤١ الجواب عن الاستدلال بأية النبأ
- ١٤٢ إيضاح
- ١٤٣ [القول الثاني] عدم اشتراط العدالة في ثبوت الولاية للأب و الجدّ
- ١٤٣ اشارة
- ١٤٣ أدلة قول الثاني
- ١٤٧ القول الثالث: التوقف في المسألة
- ١٤٨ اشتراط العدالة في الولاية على الأموال، عند بعض أهل السنّة
- ١٤٨ المطلب الثاني: اشتراط المصلحة أو عدم المفسدة
- ١٤٨ اشارة
- ١٥٠ كون نفوذ تصرّفات الأب و الجدّ منوطاً بعدم المفسدة
- ١٥٢ تصرّفات الولي مشروطاً بالمصلحة
- ١٥٣ أدلة اعتبار المصلحة في تصرّفات الأب و الجدّ
- ١٥٥ مناقشة الشيخ الأعظم على الاستدلال بالآية و الجواب عنه
- ١٥٨ اشتراط إحراز المصلحة أو عدم المفسدة
- ١٥٩ آراء جمهور أهل السنّة في مسائل هذا البحث
- ١٦٠ المبحث الرابع: ولاية الوصي على أموال الصغار
- ١٦٠ اشارة
- ١٦٠ المطلب الأول: ولاية الوصي و أدلتها
- ١٦٠ اشارة

- ١٦١ أدلة ولاية الوصى على أموال الصغار
- ١٦٣ آراء فقهاء أهل السنة فى ولاية الوصى على أموال الصغار
- ١٦٥ المطلب الثانى: فى بيان شرائطها:
- ١٦٥ اشارة
- ١٦٦ اشتراط تصرفات الوصى للمصلحة عند أهل السنة
- ١٦٧ المبحث الخامس: نفوذ تصرفات الوكيل على أموال الصغار
- ١٦٨ الفصل العاشر فى ولاية الحاكم، و القاضى و عدول المؤمنين على أموال الصغار
- ١٦٨ اشارة
- ١٦٨ المبحث الأول: ولاية الحاكم
- ١٦٨ اشارة
- ١٧٠ أدلة ولاية الحاكم على أموال الصغار
- ١٧١ إيراد المحقق الخونى على الاستدلال بالآية و الجواب عنه
- ١٧٥ الإيراد على الاستدلال بالصحيحة و الجواب عنه
- ١٨٢ جواز التصرف فى أموال الصغار حسباً
- ١٨٣ ولاية الحاكم على أموال الصبى عند فقهاء أهل السنة
- ١٨٤ المبحث الثانى: اعتبار المصلحة فى تصرفات الحاكم و أمينه
- ١٨٥ اشارة
- ١٨٥ فيه أقوال:
- ١٨٥ اشارة
- ١٨٥ اعتبار المصلحة فى تصرفات الحاكم
- ١٨٥ اشارة
- ١٨٦ أدلة هذا الحكم
- ١٨٦ اشارة
- ١٨٦ الأول: الآيات:-

- ١٨٧ الثاني: النصوص :-
- ١٨٩ توهم التعارض و الجواب عنه
- ١٩١ فرعان
- ١٩٣ اعتبار الأصلية في تصرفات الحاكم
- ١٩٥ عدم اعتبار المصلحة في تصرفات الحاكم
- ١٩٦ اشارة
- ١٩٦ أدلة هذا القول
- ١٩٦ اعتبار المصلحة في ولاية الحاكم عند فقهاء أهل السنة
- ١٩٨ المبحث الثالث: ولاية القضاة
- ١٩٨ تمهيد
- ٢٠٠ أدلة ولاية القضاة على أموال الصغار
- ٢٠٣ ولاية القضاة على أموال الأيتام عند فقهاء أهل السنة
- ٢٠٣ تذكرة
- ٢٠٤ المبحث الرابع: ولاية عدول المؤمنين
- ٢٠٤ اشارة
- ٢٠٤ فيه أقوال:
- ٢٠٤ الأول: ثبوت الولاية لهم.
- ٢٠٤ اشارة
- ٢٠٧ أدلة هذا الحكم
- ٢١١ [القول الثاني] عدم ولاية عدول المؤمنين على أموال الأيتام
- ٢١١ اشارة
- ٢١٢ يجوز لعدول المؤمنين نصب القيم للأيتام
- ٢١٣ عدم ثبوت الولاية على أموال الصغار للفساق
- ٢١٤ آراء مذاهب أهل السنة في المسألة

- ٢١٥المبحث الخامس: شرائط ولاية عدول المؤمنين
- ٢١٥اشارة
- ٢١٧عدم اشتراط ولاية عدول المؤمنين بتعدّر الإذن من الفقيه
- ٢١٩تذكرة
- ٢٢٠الباب الخامس فى بيان موارد تصرف الأولياء
- ٢٢٠تمهيد
- ٢٢٠الفصل الأول فى البيع و الشراء و الاتجار و المصالحه بمال الصبى
- ٢٢٠اشارة
- ٢٢٠المبحث الأول: البيع و الشراء و الاتجار بمال الصبى
- ٢٢٠اشارة
- ٢٢٢أدلة جواز البيع و الشراء بمال الطفل
- ٢٢٣آراء فقهاء أهل السنّة فى هذه المسألة
- ٢٢٥المبحث الثانى: الفروع التى تنشأ من ولاية الأولياء على أموال الصغار
- ٢٢٥اشارة
- ٢٣٦آراء فقهاء أهل السنّة فى اختلاف الوصى مع الصغير
- ٢٣٧المبحث الثالث: المصالحه بمال الطفل
- ٢٣٧اشارة
- ٢٣٨أدلة جواز المصالحه بمال الطفل
- ٢٣٩عدم تبرئة ذمة من عليه الحق
- ٢٤٠حكم المصالحه بمال الصبى عند فقهاء أهل السنّة
- ٢٤١الفصل الثانى فى الامور التى هى من شئون الاتجار
- ٢٤١اشارة
- ٢٤١المبحث الأول: المضاربة و الإبضاع بمال اليتيم
- ٢٤١اشارة

- ٢٤٣ أدلة هذين الحكمين
- ٢٤٥ المضاربة و الإبضاع بمال الصبي عند أهل السنة
- ٢٤٧ المبحث الثاني: الرهن و الارتهان و الإقراض و الاقتراض
- ٢٤٧ اشارة
- ٢٤٨ أدلة جواز رهن مال الصبي
- ٢٤٩ الارتهان للصغير
- ٢٥٠ اشتراط كون الرهن مساوياً لمال الصغير أو أزيد
- ٢٥١ آراء فقهاء أهل السنة في المسائل التي تقدمت
- ٢٥٤ اقتراض الولي من مال الصبي
- ٢٥٥ أدلة جواز اقتراض الولي من مال الصبي
- ٢٥٥ عدم جواز الاقتراض من مال الصبي
- ٢٥٦ اقتراض الولي من مال الصبي عند فقهاء أهل السنة
- ٢٥٧ المبحث الثالث: إيداع «١» مال الصبي و عاريته
- ٢٥٧ اشارة
- ٢٥٨ أدلة جواز إيداع مال الصبي
- ٢٥٨ الإيداع و العارية في مال الصبي عند فقهاء أهل السنة
- ٢٥٩ إيضاح
- ٢٦٠ الفصل الثالث في إجارة الولي الصبي أو ماله
- ٢٦٠ اشارة
- ٢٦١ المبحث الأول: إجارة الولي نفس الصبي
- ٢٦١ اشارة
- ٢٦٤ جواز فسخ الصبي بعد بلوغه و رشده
- ٢٦٥ عدم جواز فسخ الصبي بعد بلوغه و رشده
- ٢٦٥ اشارة

- ٢٦٦ أدلة هذا القول
- ٢٦٧ المبحث الثاني: إجارة الولي ما يملكه الصبي
- ٢٦٧ اشارة
- ٢٦٩ فرع
- ٢٧٠ إجارة الولي نفس الصبي أو ماله عند فقهاء أهل السنة:
- ٢٧٣ المبحث الثالث: جواز أخذ الاجرة من مال الطفل
- ٢٧٣ اشارة
- ٢٧٣ المقام الأول: أن يكون المتولي فقيراً
- ٢٧٣ اشارة
- ٢٧٦ أدلة جواز أخذ الولي اجرة المثل
- ٢٨١ المقام الثاني: أن يكون الولي غنياً
- ٢٨١ اشارة
- ٢٨٢ المناقشة في الاستدلال بالآية
- ٢٨٣ المناقشة في الاستدلال بالموثقة
- ٢٨٥ جواز أخذ الاجرة
- ٢٨٦ أدلة جواز أخذ الاجرة مع الغنى
- ٢٨٧ امور هامة ينبغي ذكرها
- ٢٨٩ آراء فقهاء أهل السنة في جواز أخذ الاجرة من مال الطفل:
- ٢٩٢ الفصل الرابع في استيفاء حقوق الطفل
- ٢٩٢ تمهيد
- ٢٩٢ المبحث الأول: استيفاء حق الشفعة
- ٢٩٢ اشارة
- ٢٩٣ أدلة استيفاء حق الشفعة للصبي
- ٢٩٤ للصبي أخذ الشفعة بعد البلوغ

- ٢٩٥ ليس للصبي أخذ الشفعة بعد البلوغ
- ٢٩٦ أخذ الولي الشفعة عند فقهاء أهل السنة
- ٢٩٨ المبحث الثاني: استيفاء حق الخيار للصبي
- ٢٩٨ اشارة
- ٢٩٨ أدلة ثبوت حق الخيار للصبي
- ٣٠٠ ثبوت الخيار للولي في حال كونه موجبا و قابلا باعتبارين
- ٣٠٠ اشارة
- ٣٠٠ القول [الأول: ثبوت الخيار للولي ما لم يشترط سقوطه
- ٣٠١ القول الثاني: عدم ثبوت الخيار للولي أصلاً
- ٣٠١ القول الثالث: - و لعله هو الأقوى- التوقف في المسألة
- ٣٠٢ فرع
- ٣٠٢ استيفاء حق الخيار عند فقهاء أهل السنة
- ٣٠٣ المبحث الثالث: الولاية على القبول و القبض في الهبة
- ٣٠٣ اشارة
- ٣٠٣ المطلب الأول: الولاية على قبول الهبة
- ٣٠٣ اشارة
- ٣٠٥ أدلة جواز الهبة بالمعاطاة
- ٣٠٦ إيضاح
- ٣٠٧ قبول الولي الهبة و الهدية للصبي
- ٣٠٨ فرع
- ٣٠٩ آراء فقهاء أهل السنة في المسألة
- ٣٠٩ المطلب الثاني: الولاية على قبض الهبة
- ٣٠٩ اشارة
- ٣١١ أدلة قبض الولي الهبة للصبي

- ٣١٢ اشتراك الصدقة و الهبة فى القبض
- ٣١٣ فروع
- ٣١٣ الأول: هل يعتبر قصد القبض عن الطفل بعد الهبة ليتمخض القبض للهبة أو لا يعتبر؟ قولان:
- ٣١٣ الفرع الثانى: أنه هل للوصى أن يتولى القبض عن الطفل أم لا؟ قولان:
- ٣١٤ الفرع الثالث: قال العلامة: «و للولى أن يهب مال الطفل بشرط الثواب مع المصلحة»
- ٣١٤ آراء فقهاء أهل السنة فى الولاية على قبض الهبة
- ٣١٧ المبحث الرابع: الولاية على القبض فى الوقف على الأطفال
- ٣١٧ اشارة
- ٣١٧ المطلب الأول: أن يتولى الأب أو الجد أو الوصى القبض عن الصغير
- ٣١٧ اشارة
- ٣١٨ أدلة هذا الحكم
- ٣١٩ المطلب الثانى: اعتبار قصد القبض أو عدمه عن الصبى
- ٣١٩ اشارة
- ٣٢١ أدلة عدم اعتبار قصد القبض عن الصبى
- ٣٢٣ فرع
- ٣٢٣ الولاية على القبول و القبض فى الوقف عند أهل السنة
- ٣٢٧ المبحث الخامس: الولاية على قبول الوصية «١» للصغير
- ٣٢٧ اشارة
- ٣٢٩ الولاية على القبول فى الوصية للصغير عند فقهاء أهل السنة
- ٣٣٠ الفصل الخامس فى الوصية بالولاية
- ٣٣٠ تمهيد
- ٣٣٠ المبحث الأول: تعريفها و أركانها
- ٣٣١ أ- تعريفها
- ٣٣١ ب- أركانها

- ٣٣١ اشارة
- ٣٣٢ إيضاح
- ٣٣٣ المبحث الثاني: ولاية الأب و الجدّ في الوصية بأمر أولادهم
- ٣٣٣ اشارة
- ٣٣٤ أدلة جواز الوصية بالولاية
- ٣٣٦ فرع
- ٣٣٦ آراء فقهاء أهل السنة في الوصية بالولاية
- ٣٣٨ إيضاح
- ٣٣٩ المبحث الثالث: ولاية الوصي في المقام
- ٣٣٩ اشارة
- ٣٣٩ أدلة الصورة الاولى
- ٣٤١ عدم جواز الوصية بالولاية:
- ٣٤٢ إطلاق الوصية
- ٣٤٣ جواز الوصية بالولاية
- ٣٤٥ آراء فقهاء أهل السنة في الوصية بالولاية من الوصي
- ٣٤٧ المبحث الرابع: عدم ولاية الحاكم على الوصية بالولاية
- ٣٤٧ اشارة
- ٣٤٧ أدلة عدم جواز الوصية بالولاية للحاكم
- ٣٤٨ فرع
- ٣٤٨ إيضاح
- ٣٤٩ المبحث الخامس: عدم تولي الام الوصية بالولاية
- ٣٤٩ اشارة
- ٣٥٠ فرع
- ٣٥١ آراء فقهاء أهل السنة في الوصية بالولاية للام

- المبحث السادس: نصب القيم مع وجود الجدّ ٣٥٢
- اشارة ٣٥٢
- أدلة هذا الحكم ٣٥٣
- بطلان الوصية في زمان ولاية الجدّ ٣٥٤
- صحة الوصية في الثلث ٣٥٤
- آراء فقهاء أهل السنة في نصب القيم مع وجود الجدّ ٣٥٥
- المبحث السابع: الطرق المعتمدة لإثبات الوصية بالولاية ٣٥٧
- اشارة ٣٥٧
- إثباتها عند عدم الاختلاف ٣٥٧
- إثبات الوصية بالولاية بالكتابة ٣٥٨
- اشارة ٣٥٨
- فرع: حكم الوصية التي سجّلت في الشريط أو غيره ٣٦٦
- إثبات الوصية بالولاية مع اختلاف الورثة ٣٦٧
- اشارة ٣٦٧
- فرع: يستحبّ الإشهاد على الوصية ٣٧٣
- إثبات الوصية بالولاية عند أهل السنة ٣٧٣
- المبحث الثامن: الرجوع عن الوصية أو استبدالها ٣٧٥
- اشارة ٣٧٦
- المطلب الأول: رجوع الموصى عن الوصية ٣٧٦
- اشارة ٣٧٦
- أدلة جواز الرجوع من الوصية ٣٧٧
- المطلب الثاني: ٣٧٧
- اشارة ٣٧٧
- أدلة جواز ردّ الوصية للموصى ٣٧٨

- المطلب الثالث: ٣٧٩
- اشارة ٣٧٩
- تمهيد ٣٨٠
- المبحث التاسع: كون الوصى أميناً ٣٨٨
- اشارة ٣٨٨
- أدلة عدم ضمان الوصى ٣٩٠
- فرع ٣٩٤
- المبحث العاشر: الحاكم وصى لمن لا وصى له ٣٩٤
- اشارة ٣٩٤
- آراء فقهاء أهل السنة في المقام ٣٩٧
- المبحث الحادى عشر: فروع حول الوصية للحمل ٣٩٨
- اشارة ٣٩٨
- الوقف على الحمل عند أهل السنة ٤٠٥
- فهرس أحكام الأطفال و أدلتها ٤٠٦
- تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية ٤١٥

ولاية الوكيل للأب و الجدّ و الوصى و الحاكم فى التزويج، فإنه تترتب على ثبوت الولاية له فى التزويج و غيره فوائد لا تخفى على من تأمل فى مسألتنا هذه، و لأجل ذلك عقدنا هذا الفصل، و فيه مباحث:

المبحث الأول: معنى الوكالة و ذكر الأقوال فيها

قال الفتيومى: «وكلت الأمر إليه و كلاً من باب وعد و و كلاً فوّضته إليه و اكتفيت به، و الوكيل فعيل بمعنى مفعول؛ لأنه موكول إليه، و يكون بمعنى فاعل إذا كان بمعنى الحافظ، و منه (حَسْبُنَا اللَّهُ وَ نَعْمَ الْوَكِيلُ) «١» و الجمع و كلاء «٢»

(١) سورة آل عمران ٣: ١٧٣.

(٢) المصباح المنير: ٦٧٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦

و فى النهاية: الوكيل من أسماء الله، و هو القيم الكفيل بأرزاق العباد، و حقيقته أنه يستقلّ بأمر الموكول إليه «١».

و فى مجمع البحرين «و التوكيل هو أن تعتمد على الرجل و تجعله نائباً عنك» «٢».

و عزفها الفقهاء بأنها استنباهة فى التصرف «٣».

و عزفها الجمهور من أهل السنة بما يقرب من ذلك، و هو: أن الوكالة معناها شرعاً إقامة الإنسان غيره مقام نفسه فى تصرفٍ جائز معلوم يملكه «٤».

أو بأنّ الوكالة «تفويض شخص ما له فعله ممّا يقبل النيابة إلى غيره ليفعله فى حياته» «٥».

و قال بعض آخر: «الوكالة استنباهة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة» «٦».

و بعد هذا نقول: هل يجوز للأب و الجدّ و الوصى و الحاكم أن يوكلوا عمّن تحت ولايتهم من يباشر فى أمورهم كترتيبهم و التصرف فى أموالهم و غير ذلك، أم لا؟

قال الشيخ فى النهاية: «و للناظر فى أمور المسلمين و لحاكمهم أن يوكل على سفهائهم و أيتامهم و نواقصى عقولهم، من يطالب بحقوقهم و يحتج عنهم و لهم» «٧».

و قال المحقق فى الشرائع: «و للأب و الجدّ أن يوكلوا عن الولد الصغير...»

و ينبغى للحاكم أن يوكل عن السفهاء من يتولى الحكومة عنهم» «٨»

(١) النهاية لابن الأثير ٥: ٢٢١.

(٢) مجمع البحرين ٣: ١٩٧٠ مادة «وكل».

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٩٣، تذكرة الفقهاء ٢: ١١٣، الطبعة الحجرية، قواعد الأحكام ٢: ٣٤٩، اللعة الدمشقية: ٩٧، الروضة البهية ٤:

٣٦٧، مسالك الأفهام ٥: ٢٣٧.

(٤) البحر الرائق ٧: ٢٣٥، مجمع الأنهر ٣: ٣٠٦، ردّ المحتار لابن عابدين ٥: ٥١٠.

(٥) مغنى المحتاج ٢: ٢١٧.

(٦) منتهى الإرادات ٢: ٥١٧، المبدع فى شرح المقنع ٤: ٣٢٥.

(٧) النهاية: ٣١٧.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ١٩٧ و ١٩٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٧

و به قال الشهيد الثاني «١» أيضاً. ولاية الوكيل

و قال العلامة رحمه الله في التذكرة: «كل من صحَّ تصرّفه في شيء تدخله النيابة، صحَّ أن يوكل فيه».

ثم قال في مسألة أخرى: «شرطنا في الموكل أن يكون متمكناً من المباشرة، إما بحق الملك أو الولاية، ليدخل فيه توكيل الأب أو الجد له في النكاح و المال، و يخرج عنه توكيل الوكيل؛ فإنه ليس بمالك و لا ولي و إنما يتصرّف بالإذن - إلى أن قال: - يجوز للوصي أن يوكل و إن لم يفوض الموصى إليه ذلك بالنصويّة؛ لأنه يتصرّف بالولاية كالأب و الجد، لكن لو منعه الموصى من التوكيل وجب أن يتولّى بنفسه، و ليس له أن يوكل حينئذٍ لقوله تعالى: (فَمَنْ بَدَّلَهُ) «٢» الآية.

و يجوز للحاكم أن يوكل «٣» عن السفهاء و المجانين و الصبيان، من يتولّى الحكومة عنهم و يستوفى حقوقهم و يبيع عنهم و يشتري لهم، و لا نعلم فيه خلافاً «٤».

و به قال أيضاً في التحرير «٥» و القواعد «٦» و الإرشاد «٧» و مجمع الفائدة و البرهان «٨»

(١) مسالك الأفهام ٥: ٢٤٤.

(٢) سورة البقرة (٢): ١٨١.

(٣) و المستفاد من هذه العبارة جواز توكيل الحاكم في خصوص الموارد الثلاثة، و إلّا فلا يستفاد منها جواز توكيل الحاكم في جميع ما يرتبط به، فتدبر. م ج ف

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ١١٥-١١٦، الطبعة الحجرية.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية: ٣ / ٣٠.

(٦) قواعد الأحكام ٢: ٣٥٠-٣٥١.

(٧) إرشاد الأذهان ١: ٤١٥.

(٨) مجمع الفائدة و البرهان ٩: ٤٩٠ و ٤٩٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٨

و جامع المقاصد «١» و الكفاية «٢» و مفتاح الكرامة «٣» و مهذب الأحكام «٤».

و قال في تحرير الوسيلة: «يجوز للوليّ كالأب و الجد للصغير أن يوكل غيره فيما يتعلّق بالمولى عليه ممّا له الولاية عليه» «٥».

و قال الشهيد في بيان ما تصحّ الوكالة فيه: «و إنما تصحّ الوكالة فيما لا يتعلّق غرض الشارع بإيقاعه من مباشرٍ بعينه كالعتق، فإنّ غرضه فيه فكّ الرقبة؛ سواءً أحدثه المالك أم غيره، و الطلاق؛ فإنّ غرضه منه رفع الزوجية كذلك، و مثله النكاح و البيع و غيرهما من العقود و الإيقاعات، لا فيما يتعلّق غرضه بإيقاعه من مباشرٍ بعينه.

و مرجع معرفة غرضه في ذلك و عدمه إلى النقل «٦»، و لا قاعدة له لا تنخرم «٧».

و بمثل ذلك في الرياض «٨»، و الحدائق «٩». و هكذا قال به صاحب الجواهر «١٠»، و بعض فقهاء العصر «١١».

و الحاصل، أنّه استفيد من الأدلّة و كلمات الفقهاء أنّ كلّ «١٢» ما تعلّق غرض

(١) جامع المقاصد ٨: ١٩٠.

(٢) كفاية الأحكام: ١٢٩.

(٣) مفتاح الكرامة ٧: ٥٣٥ و ج ٥: ٢٦٧ و ٢٧١.

- (٤) مهذب الأحكام ٢١: ٢٠٠.
- (٥) تحرير الوسيلة ٢- ٤٢ مسألة ١٨.
- (٦) أى النقل الشرعى الوارد عن أهل بيت العصمة و الطهارة عليهم السلام.
- (٧) الروضة البهية ٤: ٣٧١-٣٧٢.
- (٨) رياض المسائل ٦: ٦٦.
- (٩) الحدائق الناضرة ٢٢: ٤٨.
- (١٠) جواهر الكلام ٢٧: ٣٩٠.
- (١١) منهاج الصالحين للسيد الخوئى ٢: ٢٠١، تفصيل الشريعة، كتاب المضاربة و الشركة: ٤٢٨.
- (١٢) و يمكن انتقاض هذه القاعدة بالوكالة و النيابة فى الصلاة و سائر العبادات بعد الموت؛ فإنها ممّا تعلق الغرض بها مباشرة مع صحّة وقوع الوكالة و النيابة بعد الموت، اللهم إلا أن يقال بأنّ الصحّة إنّما هى من جهة الأمر العارضى، و إلا أولاً و بالذات لا تقبل النيابة، و هو كما ترى.
- و أيضاً يمكن انتقاض القاعدة بما إذا منع الموصى عن التوكيل، فلا يصحّ فيه التوكيل، مع أن غرض الشارع لا يتعلق بالمباشرة، و هذا كلّه مضافاً إلى عدم وجود وجه صحيح للتقييد بالشرع، بل الغرض أعمّ من أن يكون غرضاً للشارع أو العقلاء أو صاحب الحقّ مثلاً، فتدبر، فالتحقيق فى مفاد هذه القاعدة يحتاج إلى مجال واسع. م ج ف.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٩

الشارع بإيقاعه مباشرة لا يصحّ التوكيل فيه، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك؛ فإنه يصحّ فيه التوكيل، فعلى هذا يجوز للأولياء كالأب و الجدّ و الوصىّ لهما و الحاكم أن يوكّلوا غيرهم فيما يتعلّق بالموائى عليهم ممّا لهم الولاية عليهم؛ لأنّ الغرض من جعل الولاية لهم حفظ أنفسهم و أموالهم من التلف و الضرر، و مساعدتهم فيما يحتاجون إليه فى أمورهم، و هذا يمكن أن يصدر من الأولياء و من غيرهم.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٠

المبحث الثانى: أدلة هذا الحكم

يمكن أن يستدلّ لهذا الحكم بوجوده:

الأول: الإجماع الذى ادّعه المحقق الأردبيلى، حيث قال: «و للحاكم أن يوكّل عن السفهاء ... و كأنّ دليله الإجماع» (١).
و ذكر فى الرياض أنّه لا خلاف فيه «٢»، و يستظهر الإجماع أيضاً من كلام العلامة فى التذكرة، حيث قال: «و لا نعلم فيه خلافاً» (٣).
الثانى: الأصل يعنى إن شككنا فى أنّه هل يعتبر فى القيام بامور الولاية من الولّى، مباشرتها بنفسه أم لا؟ فالأصل عدم اعتبار المباشرة. بيان آخر: الأصل جواز الوكالة فى كلّ شىء إلا ما علم خروجه بالدليل من أنّه لا يجوز النيابة فيه، كما يستظهر ذلك من كلام صاحب الجواهر، حيث قال:

«بذلك ظهر لك مشروعيتها الوكالة فى كلّ شىء إلا ما علم خروجه، و قد نبه عليه المصنّف بقوله: أمّا ما لا تدخله النيابة فضابطه ما تعلق قصد الشارع بإيقاعه من المكلف مباشرة بنصّ أو إجماع أو نحوهما؛ فإنّ الوكالة حينئذٍ منافية لحقيقته» (٤) ...»

الثالث: عموم بعض الأخبار:

(١) مجمع الفائدة و البرهان ٩: ٥٠٤.

(٢) رياض المسائل ٦: ٦٦.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ١١٦ الطبعة الحجرية.

(٤) جواهر الكلام ٢٧: ٣٧٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١١

قال: «من وَّكَل رجلاً على إمضاء أمر من الامور، فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها، كما أعلمه بالدخول فيها» (١).

٢-

و صحيحة هشام بن سالم، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل وَّكَل آخر على وكالة في أمر من الأمور و أشهد له بذلك شاهدين، فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر فقال: اشهدوا أنني قد عزلت فلاناً عن الوكالة، فقال: «إن كان الوكيل أمضى الأمر الذي وَّكَل فيه قبل العزل، فإن الأمر واقع ماض على ما أمضاه الوكيل، كره الموكل أم رضى»
الحديث (٢).

فهاتان الصحيحتان تدلان (٣) على كون الوكالة جائزة في كل أمر من الامور، و في مورد توكيل الولي غيره لمباشرة امور المولى عليه يصدق أنه وَّكَل على إمضاء أمر، فلا ينزل حتى يبلغه العزل، فلا استدلال بهما كافٍ في إثبات المطلوب، و كذلك يستظهر جواز توكيل الولي من أخبار تدل على ثبوت الوكالة في عقد النكاح.
منها: صحيحة هشام بن سالم، عن أبي عبد الله عليه السلام- في حديث تزويج أم كلثوم بنت أمير المؤمنين عليه السلام-
أن العباس أتاه فأخبره و سأله أن يجعل الأمر إليه، فجعله إليه (٤).

و منها:

صحيحة أبي ولاد الحنّاط قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أمر رجلاً أن يزوجه امرأة بالمدينة و سمّاها له، و الذي أمره بالعراق، فخرج المأمور فزوجه إيها، ثم قدم إلى العراق فوجد الذي أمره قد مات؟ قال: «ينظر في ذلك،

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٨٥ الباب ١ من كتاب الوكالة، ح ١.

(٢) نفس المصدر ١٣: ٢٨٦ الباب ٢ من كتاب الوكالة، ح ١.

(٣) و الإنصاف عدم الدلالة على ذلك، و ليستا بصدد بيان مشروعية الوكالة و مواردها، بل إنّهما بصدد بيان حكم الوكالة في مورد تجوز الوكالة فيه. م ج ف.

(٤) وسائل الشيعة ١٤: ٢١٧، الباب ١٠ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ح ٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٢

فإن كان المأمور زوجه إياه قبل أن يموت الأمر ثم مات الأمر بعده؛ فإنّ المهر في جميع ذلك الميراث بمنزلة الدين، فإن كان زوجها إياه بعد ما مات الأمر فلا شيء على الأمر و لا على المأمور، و النكاح باطل (١).

و منها:

صحيحة داود بن سرحان- التي رواها المشايخ الثلاثة- عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل يريد أن يزوجه اخته، قال: «يؤامرهما، فإن سكت فهو إقرارها، و إن أبت لم يزوجه، فإن قالت: زوجني فلاناً زوجها ممن ترضى»

الحديث (٢).

و كذا صحیحہ أبي عبيدة «٣» و يؤيده روايات عمّار الساباطي «٤» و إبراهيم ابن أبي يحيى «٥» و جابر «٦» و مضمرة محمد بن شعيب «٧» و مرسله عبد الله بن بكير «٨»، فمقتضى هذه النصوص المتضافرة و غيرها أن عقد النكاح ممّا تصحّ فيه الوكالة، و بما أن عقد نكاح الصغار بيد الولي؛ سواء كان أباً أو جدّاً أو غيرهما، فالولي إما أن يباشر نفسه بإجراء عقد النكاح، أو يوكل غيره في ذلك، و هو المطلوب.

- (١) نفس المصدر ١٤: ٢٣٠، الباب ٢٨ من أبواب عقد النكاح، ح ١.
 - (٢) نفس المصدر ١٤: ٢٠١، الباب ٣ من أبواب عقد النكاح، ح ٣.
 - (٣) نفس المصدر ١٤: ٢٢٨، الباب ٢٦ من أبواب عقد النكاح، ح ١.
 - (٤) نفس المصدر ١٤: ٢١٧، الباب ١٠ من أبواب عقد النكاح، ح ٤.
 - (٥) نفس المصدر ١٤: ٢٢٢، الباب ١٦ من أبواب عقد النكاح، ح ١.
 - (٦) نفس المصدر ١٤: ٢١٧، الباب ١٠ من أبواب عقد النكاح، ح ٢.
 - (٧) نفس المصدر ١٤: ٢٢٤، الباب ٢٠ من أبواب عقد النكاح، ح ١.
 - (٨) نفس المصدر ١٤: ٢٣٠، الباب ٢٨ من أبواب عقد النكاح، ح ٢.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٣

المبحث الثالث: ولاية الوكيل عند الجمهور من أهل السنّة

إشارة

قد ذهب جمهور الفقهاء من أهل السنّة إلى أن الوكالة تصحّ في كلّ شيء إلّا ما خرج بالدليل من العبادات و ما جرى مجراها. فيستفاد من كلماتهم صحّة الوكالة في نكاح الصغار و التصرف في أموالهم ببيع و شراء و إجارة و نحوها. فنذكر شرطاً من كلماتهم على الترتيب التالي:

أ- المالكية

قال ابن رشد: «من رأى أن الأصل هو الجواز قال: الوكالة في كلّ شيء جائزة إلّا فيما أجمع على أنه لا تصحّ فيه من العبادات و ما جرى مجراها» (١).
و قال ابن شاس: «كلّ من جاز له التصرف لنفسه جاز له أن يستنيب فيما تجوز فيه النيابة فيه لأجل الحاجة إلى ذلك على الجملة» (٢).
و في المدونة الكبرى: «قلت: أ رأيت الولي أو الوالد إذا استخلف من يزوّج ابنته أ يجوز هذا في قول مالك؟ قال: نعم، ثم قال: فإن كانت وصيّة جاز لها أن تستخلف من يزوّجها» (٣).
و قريب من هذا كلمات «٤» غيرهم، فراجع.

(١) بداية المجتهد ٢: ٢٩٩-٣٠٠.

(٢) عقد الجواهر الثمينه ٢: ٦٧٧.

(٣) المدونة الكبرى ٢: ١٦٨.

(٤) حاشية الدسوقي ٢: ٢١٦، مواهب الجليل ٧: ١٧٨، القوانين الفقهية لابن جزي: ٢٢٧-٢٢٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٤

ب- الحنابلة

أنهم قالوا بصحة توكيل الولي غيره في تزويج من كانت تحت ولايته، و يقوم الوكيل مقام الولي فيما له من الولاية و السلطة، و لا يشترط في صحة توكيل الولي إذن و رضا من المولى عليه؛ لأن ولايته ثابتة على المولى عليهم من قبل الشرع «١».

ج- الحنفية

أنهم قالوا بصحة التوكيل في النكاح من الأب و الجد.
ففي هامش الفتاوى الهندية «قال الشافعي: إذا غاب الأقرب تنتقل الولاية إلى السلطان و القاضي. و قال زفر: لا يزوجه أحد حتى يحضر الأقرب أو يزوجه و كيل الأقرب، فإن زوجه و كيل الأقرب حيث هو اختلفوا في جواز إنكاحه، و الظاهر هو الجواز» «٢».
و قال الشيخ النظام: «يصح التوكيل بالنكاح و إن لم يحضره الشهود» «٣»، و قريب من هذا في البحر الرائق «٤» و رد المحتار «٥».
و في المبسوط: «و يجوز لوصي اليتيم أن يوكل في كل ما يجوز له أن يعمله بنفسه من امور اليتيم... لأن الوصي مفوض إليه الأمر على العموم... فإن بلغ اليتيم قبل أن يصنع الوكيل ذلك لم يجز له أن يفعله؛ لأن حق التصرف للوكيل باعتبار حق التصرف للوصي، و ببلوغ اليتيم عن عقل انعزل الوصي حتى لا يملك

(١) الكافي في فقه أحمد ٣: ١٤، كشاف القناع ٥: ٦٠، المحرر في الفقه ١: ٣٤٩، المغنى ٥: ٢١٧ و ج ٧: ٣٥٢، الشرح الكبير ٥: ٢١٠-٢١١.

(٢) فتاوى الهندية ١: ٣٥٦.

(٣) الفتاوى الهندية ١: ٢٩٤.

(٤) البحر الرائق ٣: ٢٢٣.

(٥) رد المحتار ٣: ٨٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٥

التصرف، فكذلك و كيله» «١».

و قال الكاساني: «و للولي أن يوكل بالبيع و الشراء و الإجارة و الاستئجار؛ لأن هذه الأشياء من توابع التجارة، فكل من ملك التجارة يملك ما هو من توابعها» «٢».

د- الشافعية

فقد فضّلوا في توكيل الولي فيما إذا كان الولي مجبراً أو غير مجبر. قال الشافعي الصغير في نهاية المحتاج: إن للولي المجبر أن يوكل تزويج مولاته بغير إذنها. نعم، يندب للوكيل استئذانها و يكفى سكوتها، و لا يشترط لصحة توكيل الولي المجبر تعيين الزوج للوكيل في الأظهر «٣».

و أما الولي غير المجبر، فقد قال في المهذب: «اختلف أصحابنا في غير الأب و الجد من العصابات هل يملك التوكيل في التزويج من

غير إذن المرأة؟ فمنهم من قال يملك؛ لأنه يملك التزويج بالولاية من جهة الشرع، فملك التوكيل من غير إذن كالأب و الجد، و منهم من قال لا يملك؛ لأنه لا يملك التزويج إلّا بالإذن، فلا يملك التوكيل إلّا بإذن، كالوكيل و العبد المأذون «٤».

و ذكر النووى فى شرح المهذب فى صحه توكيل الولي ضابطه، فقال:

«الضابط الثانى: كون التمكّن بحق الملك و الولاية، فيدخل فيه توكيل الأب فى النكاح و المال، و القيم فى المال، فيؤكل عن الطفل أو عن نفسه أو عنهما معاً» «... ٥»

(١) المبسوط للسرخسى ١٩: ٣٠.

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٣٥١.

(٣) نهاية المحتاج ٦: ٢٤٢-٢٤٤، روضة الطالبين ٦: ٦٨ مع تصريف يسير فيهما.

(٤) المهذب ١: ٣٤٩.

(٥) المجموع شرح المهذب ١٣: ٤٦٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٦

و فى روضة الطالبين: قال فى الحاوى: «للأب و الوصى و القيم أن يؤكل فى بيع مال الطفل، إن شاء عن نفسه و إن شاء عن الطفل، و فى جوازه عن الطفل نظر «١».

و قال الخطيب الشربيني: «يصح توكيل الولي و هو الأب و الجد فى حقّ الطفل فى النكاح و المال، و الوصى و القيم فى المال، فيؤكل الولي عن الطفل أو عن نفسه أو عنهما معاً، و فائدة كونه وكيلًا عن الطفل أنه لو بلغ رشيداً لم ينزل الوكيل، بخلاف ما إذا كان وكيلًا عن الولي» «٢»

(١) روضة الطالبين ٤: ٢٧.

(٢) مغنى المحتاج ٢: ٢١٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٧

الفصل السابع فى ما يترتب على نكاح الصغيرين

إشارة

و فيه مباحث:

المبحث الأول: التوارث بين الصغيرين

إشارة

إذا زوج الأبوان، أو الحاكم، أو الوصى، الصغيرين مع مراعاة جميع الشرائط، لزمهما العقد كما تقدّم، فإن مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر حتى على قول من خيّر «١» الصبي عند البلوغ.

قال الشيخ فى النهاية: «و متى عقد الأبوان على ولديهما قبل أن يبلغا ثم ماتا فإنهما يتوارثان، ترث الجارية الصبي و الصبي الجارية» «٢».

و به قال المفيد «٣» و المحقق «٤» و كذا فى المهذب «٥» و الوسيلة «٦»

(١) فى ثبوت الخيار للصغار و عدمه خلاف كما تقدم.

(٢) النهاية: ٤٦٦.

(٣) المقنعة: ٥١١.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٩، المختصر النافع: ١٩٩.

(٥) المهذب للقاضى ابن براج ٢: ١٩٧.

(٦) الوسيلة لابن حمزة: ٣٠٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٨

و المختلف «١» و القواعد «٢» و الجامع للشرائع «٣». و اختاره ابن إدريس و ادعى عدم الخلاف فيه بين أصحابنا «٤». و قال فى كشف اللثام: «لا نعرف فيه خلافاً حتى ممن خير الصبي عند البلوغ «٥»، و ادعى أيضاً عدم الخلاف فيه فى مستند الشيعة «٦» و نهاية المرام «٧» و الرياض «٨»، و اختاره المحقق و الشهيد الثانيان «٩» و صاحب الجواهر «١٠» و فقهاء العصر «١١».

أدلة توارث الصغيرين عن الآخر

و يمكن أن يستدل على هذا الحكم بوجوه:

الأول: قال المحقق: «إن ثبوت الخيار بعد البلوغ لا ينافى الميراث لو حصل الموت قبل البلوغ» «١٢».

الثانى: أن موجب الإرث هو الزوجية و هى متحققه، بتعبير آخر أنه عقد

(١) مختلف الشيعة ٧: ١٣٨.

(٢) قواعد الاحكام ٣: ١٦.

(٣) الجامع للشرائع: ٤٣٨.

(٤) السرائر ٢: ٥٦٦.

(٥) كشف اللثام ٧: ١٠٣.

(٦) مستند الشيعة ١٦: ١٨٩.

(٧) نهاية المرام ١: ٨٨.

(٨) رياض المسائل ٦: ٤١٢.

(٩) جامع المقاصد ١٢: ١٥٤، مسالك الأفهام ٧: ١٧٥.

(١٠) جواهر الكلام ٢٩: ٢١٦.

(١١) كالسادة العظام الخوئي فى مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٣٣٩، و الحكيم فى مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٠٩، و

السبزواري فى مهذب الأحكام ٢٤: ٢٩١، و السيد اليزدى فى العروة و التعليقات عليها ٥: ٦٤٠، و الإمام الخميني قدس سره فى تحرير

الوسيلة ٢: ٢٤٦، و الشيخ الفاضل اللكراني فى تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ١٢٣.

(١٢) النهاية و نكتها ٢: ٣١٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٩

صحيحاً شرعاً، فيصيران به زوجاً و زوجةً، فيثبت لهما التوارث كما في الرياض «١».

الثالث: إطلاقات النصوص الواردة في توارث الزوجين «٢».

الرابع: الأصل بقاء الزوجية على الصحة إلى أن يطرأ المعارض لها، و هو اختيار الفسخ عند البلوغ، و هو هنا ممتنع؛ لأن فسخ الصغير لا اعتبار به.

الخامس: - و هو العمدة- الروايات الخاصة:

منها:

صحيحه محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان؟ فقال: «إذا كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم، قلت: فهل يجوز طلاق الأب؟ قال: لا» «٣».

و منها: صحيحه عبيد بن زرارة- التي رواها المشايخ الثلاثة-

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن الصبي يزوج الصبية هل يتوارثان؟ قال: «إن كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم، قلنا: يجوز طلاق الأب؟ قال: لا» «٤».

و دلالتها كسابقها واضحة، و أما سندها فهي صحيحه من طريق الشيخ، بل الكليني أيضاً.

إذا عقد على الصغيرين غير وليهما

ما قلنا في ثبوت التوارث على نكاح الصغيرين يختص على مورد ما إذا عقدهما الوليان، و أما إذا عقدهما غير وليهما فيكون فضولياً، و يتوقف صحته على إجازتهما بعد البلوغ على ما تقتضيه القاعدة من عقد الفضولي، أو إجازة وليهما قبل

(١) رياض المسائل ٦: ٤١٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٥١٠، الباب ١ من أبواب ميراث الأزواج، أحاديث ١-٢-٣ و غيرها.

(٣) نفس المصدر ١٤: ٢٢٠ الباب ١٢ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ح ١.

(٤) نفس المصدر ١٧: ٥٢٨ الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، ح ٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٠

البلوغ، و إن ماتا معاً أو مات أحدهما قبل الإجازة بطل العقد قطعاً؛ لتعذر الإجازة و لو من طرف واحد، و سقط المهر و الإرث؛ لعدم تحقق موجبهما، و هذا لا كلام فيه، و إن بلغ أحدهما مع كون الآخر حياً فأجاز العقد لزم من جهته؛ لحصول المقتضى و انتفاء المانع، و بقى من طرف الآخر موقوفاً على إجازته إذا بلغ، فإن اتفق بلوغه و الآخر حي و أجاز العقد لزم، و لا كلام في ذلك أيضاً، و إن فرض موت المميز أولاً قبل أن يبلغ الآخر، أو بعد بلوغه و قبل إجازته و ترك أموالاً عزل عن تركته نصيب ميراث الطفل «الذي كان زوجاً أو زوجةً على الفرض» حتى يبلغ، فإذا بلغ عرض عليه العقد، فإن رضى بالعقد و أجازته أحلف أنه لم يُجز طمعاً في الميراث، بل لو كان الآخر حياً لرضى بتزويجه، فإذا حلف أعطى الميراث، و إن نكل عن اليمين أو لم يرض بالعقد لم يكن له شيء، كما صرح به المفيد «١»، و الشيخ «٢»، و بنو البراج «٣» و حمزة «٤» و إدريس «٥» و سعيد «٦». و اختاره الفاضلان «٧» و الشهيد و المحقق الثانیان «٨»، و صاحب المدارك «٩»، و الشيخ الأعظم «١٠». و صرح به في الجواهر «١١»

(١) المقنعة: ٥١١.

(٢) النهاية: ٤٦٦.

(٣) المهذب للقاضي ابن البراج ٢: ١٩٧.

(٤) الوسيلة لابن حمزة: ٣٠٠.

(٥) السرائر ٢: ٥٦٦.

(٦) الجامع للشرائع: ٤٣٨.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٩، المختصر النافع: ١٩٩، النهاية و نكتها ٢: ٣١٥، مختلف الشيعة ٧: ١٣٨، قواعد الأحكام: ١٦/٣.

(٨) جامع المقاصد ١٢: ١٥٤، مسالك الأفهام ٧: ١٧٧.

(٩) نهاية المرام ١: ٩٠.

(١٠) كتاب النكاح في ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ١٥٥.

(١١) جواهر الكلام ٢٩: ٢١٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢١

و الحدائق «١» و الرياض «٢» و كشف اللثام «٣». و اختاره أيضاً الفقهاء المعاصرين «٤».

و به قال في تحرير الوسيلة، و أضاف بأن الحاجة إلى الحلف إنما هو فيما إذا كان متهماً بأن إجازته لأجل الإرث. و أما مع عدمه - كما إذا أجاز مع الجهل بموت الآخر أو كان الباقي هو الزوج و كان المهر اللّازم عليه - على تقدير الزوجية - أزيد ممّا يرث - يدفع إليه بدون الحلف «٥».

و كذا في تفصيل الشريعة، و زاد بأن أصل الحكم حتى في صورة الحلف و تحقّقه مبني على كون الإجازة كاشفةً و لو بالكشف الحكمي «٦».

و اعلم أن أكثر أحكام هذه المسألة موافقةً للباصول، و لا- يتوقف إثباتها على نصّ خاصّ، و مع ذلك يمكن أن يستدل لإثباتها بصحيحة

أبي عبيدة الحداء، قال:

سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوّجهما وليان لهما و هما غير مدركين؟ قال:

فقال: النكاح جائز أيهما أدرك كان له الخيار. فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر، إلّا أن يكونا قد أدركا و رضيا.

قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضى.

قلت: فإن كان الرجل النّبي أدرك قبل الجارية و رضى النكاح، ثم مات قبل أن تدرك الجارية أ ترثه؟ قال: نعم، يُعزل ميراثها منه

حتى تُدرك و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلّا رضاها بالتزويج، ثم يدافع إليها الميراث

(١) الحدائق الناضرة ٢٣: ٢٨٣ - ٢٨٥.

(٢) رياض المسائل ٦: ٤١٣.

(٣) كشف اللثام ٧: ١٠٤.

(٤) العروة الوثقى و التعليقات عليها ٥: ٦٤٠، مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥١٠، مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٣٤١، مهذب الأحكام ٢٤: ٢٩١.

(٥) تحرير الوسيلة ٢: ٢٤٦ مسأله ٢١.

(٦) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ١٢٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٢

و نصف المهر.

قلت: فإن ماتت الجارية و لم تكن أدركت، أيرثها الزوج المدرك؟ قال: لا؛ لأن لها الخيار إذا أدركت.

قلت: فإن كان أبوها هو الذى زوجها قبل أن تدرك، قال: يجوز عليها تزويج الأب، و يجوز على الغلام، و المهر على الأب للجارية (١).

ثم إن مورد الصحيحة و إن كان هو موت الزوج و بقاء الزوجة، إلا أن الظاهر أنه لا خصوصية لذلك، كما عليه معظم الأصحاب؛ فإن موت الزوج إنما ذكر فى كلام السائل خاصة، و الظاهر أن الحلف إنما هو للاحتياط فى المال بالنسبة إلى الوارث، و هو لا يختص بفرض موت الزوج و بقاء الزوجة، بل يثبت الحكم مع موت الزوجة و بقاء الزوج أيضاً، كما فى مستند العروة (٢).

الجواب عن شبهتين فى الصحيحة

كانت فى الصحيحة المتقدمة مع وضوحها لإثبات الأحكام المذكورة و صحة سندها شبهتان يلزم الجواب عنها:

إحدهما: أن الصحيحة وردت فى تزويج الوليين، و قد عرفت (٣) أن تزويج الولي نافذ و لازم على الصغار و لا خيار لهما، و الحال أن الصحيحة قد صرحت بثبوت الخيار لهما.

ثانيتها: قد حكمت بثبوت نصف المهر للزوجة على تقدير موت الزوج، مع أن الموت يوجب ثبوت جميع المهر و إن كان قبل الدخول.

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٥٢٧، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، ح ١.

(٢) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٣٤١.

(٣) موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها- الجزء الأول- ص ٥٩٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٣

و الجواب عن شبهة الاولى: أن المراد بالولي هنا غير الأب و الجد، و هو الولي العرفي كالأخ و العم و ابن العم و غيرهم، كما صرح به الشيخ (١) و العلامة (٢) و الشهيد (٣) و المحقق الثانیان (٤) و غيرهم (٥).

و أمّا الجواب عن شبهة الثانية؛ و هى الحكم بثبوت نصف المهر: فقد حمل على أنه قد دفع نصف المهر كما هو المتعارف عند العرف من تقديم شىء قبل الدخول و أن الباقي هو النصف خاصة، و هذا الحمل و إن كان لا يخلو من بُعد، إلا أنه محتمل؛ لضرورة الجمع كما فى المسالك (٦).

و قال فى الجواهر: «و اشتماله على تنصيف المهر بالموت نحو غيره من الأخبار الدالة على ذلك غير قادح فى حجّيته» (٧).

رأى بعض أهل السنة فى المسألة

بعض الفقهاء من مذاهب أهل السنة قائلون بالتوارث بين الصغيرين، ففى المبسوط للسرخسى: «فإن اختار الصغير أو الصغيرة الفرقة بعد البلوغ، فلم يفرّق القاضى بينهما حتى مات أحدهما توارثا؛ لأن أصل النكاح كان صحيحاً، و الفرقة لا تقع إلا بقضاء القاضى، فإذا مات أحدهما قبل القضاء كان انتهاء النكاح

(١) المبسوط للطوسى ٤: ١٨٣.

- (٢) مختلف الشيعة ٧: ١٢٢.
- (٣) مسالك الأفهام ٧: ١٧٩.
- (٤) جامع المقاصد ١٢: ١٥٤.
- (٥) نهاية المرام ١: ٩٠، الحدائق الناضرة ٢٣: ٢١٠، رياض المسائل ٦: ٤١٤، جواهر الكلام ٢٩: ٢١٩، كشف اللثام ٧: ١٠٤.
- (٦) مسالك الأفهام ٧: ١٧٩.
- (٧) جواهر الكلام ٢٩: ٢١٩.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٤
- بينهما بالموت فيتوارثان» (١). و قال فى موضع آخر: «و الإرث حكم يختص بالنكاح الصحيح المنتهى بالموت» (٢).
- و قال ابن حزم من فقهاء الظاهرية: و لا يتوارثان إن ماتا قبل البلوغ» (٣)

- (١) المبسوط للسرخسى ٤: ٢١٧.
- (٢) المبسوط للسرخسى ٥: ٨.
- (٣) المحلّى بالآثار ٩: ٤٥.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٥

المبحث الثانى: من عليه المهر

إشارة

إذا زوّج الأب الصغير ثبت المهر عليه أو على الابن؛ لأن مقتضى نفس العقد تملكها للصدّاق من غير توقّف على شىء آخر. قال فى المقنعة: «و إذا عقد الرجل على ابنه و هو صغير و سَمى مهراً ثمّ مات الأب كان المهر من أصل تركته قبل القسمة، إلّا أن يكون للصبي مالاً فى حال العقد له، فيكون المهر من مال الابن دون الأب» (١).

و اختاره الشيخ (٢) و ابن إدريس (٣) و المحقّق (٤) و العلّامة (٥). و كذا فى الجواهر (٦) و المسالك (٧) و الرياض (٨).

و قال فى تحرير الوسيلة: «لو زوّج ولده الصغير، فإن كان للولد مال فالمهر على الولد، و إن لم يكن له مال فالمهر على عهدة الوالد، فلو مات الوالد اخرج المهر من أصل تركته؛ سواء بلغ الولد و أيسر أم لا» (٩). و كذا فى تفصيل الشريعة (١٠).

تدلّ على هذا الحكم نصوص:

- (١) المقنعة: ٥١١.
- (٢) الخلاف ٤: ٣٧٣، المبسوط ٤: ٢٩٢، النهاية: ٤٦٧.
- (٣) السرائر ٢: ٥٦٩.
- (٤) شرائع الإسلام ٢: ٣٣٢.
- (٥) قواعد الاحكام ٣: ٨٧.
- (٦) جواهر الكلام ٣١: ١٢٥.
- (٧) مسالك الأفهام ٨: ٢٨٤.

(٨) رياض المسائل ٧: ١٨٠.

(٩) تحرير الوسيلة ٢: ٢٨٧ مسألة ٢٣.

(١٠) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٥٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٦

١- موثقة

عبيد بن زرارة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير؟ قال: «إن كان لابنه مال فعليه المهر، و إن لم يكن

للابن مال فالأب ضامن المهر، ضمن أو لم يضمن» (١).

٢- و كذا معتبرة بقباق «فضل بن عبد الملك» (٢).

٣- و خبر (٣)

على بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألت عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير، فدخل الابن بامرأته، على من المهر؟

على الأب أو على الابن؟ قال: «المهر على الغلام، و إن لم يكن له شيء فعلى الأب، ضمن ذلك على ابنه أو لم يضمن إذا كان هو

أنكحه و هو صغير» (٤).

٤- و خبر أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره (٥).

و ادعى في الجواهر أنه لا خلاف في هذا الحكم، بل الإجماع بقسميه عليه (٦).

و بهذه النصوص يقيد إطلاق صحيحة

محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام قال:

سألته عن رجل كان له ولد فزوج منهم اثنين و فرض الصداق ثم مات، من أين يحسب الصداق، من جملة المال أو من حصتهما؟

قال: «من جميع المال، إنما هو بمنزلة الدين» (٧).

و كذا صحيحة أبي عبيدة الحذاء (٨) و صحيحة أخرى لمحمد بن مسلم (٩)؛ فإنهما

(١) وسائل الشيعة ١٥: ٣٩، الباب ٢٨ من أبواب المهور ح ١.

(٢) نفس المصدر و الباب، ح ٢.

(٣) و عبر عنه السيد صاحب الرياض بالصحيحة. رياض المسائل ٧: ١٨٢.

(٤) وسائل الشيعة ١٥: ٤٠، الباب ٢٨ من أبواب المهور، ح ٤.

(٥) نفس المصدر و الباب، ح ٥.

(٦) جواهر الكلام ٣١: ١٢٥.

(٧) وسائل الشيعة ١٥: ٣٩، الباب ٢٨ من أبواب المهور، ح ٣.

(٨) نفس المصدر ١٧: ٥٢٧ الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، ح ١.

(٩) نفس المصدر ١٤: ٢٠٨ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ح ٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٧

مطلقتان من حيث إعسار الولد و عدم إعساره.

فتنزل هذا الإطلاقات على صورة إعسار الولد، أو أن الأب قد ضمنه في العقد، كما قال في الوسائل (١) و الجواهر (٢).

و قال الشيخ في الخلاف بعد بيان هذه المسألة: «دلينا إجماع الفرقة و أخبارهم، و أيضاً فإنه لما قبل النكاح لولده مع علمه بإعساره و

علمه بلزوم الصداق بعقد النكاح، علمنا من حيث العرف و العادة أنه دخل على أن يضمن، فقام العرف في هذا بمنزلة نطقه «٣». و تبعه في ذلك ابن إدريس «٤» و العلامة «٥».

نقول: و يمكن استظهار هذا من رواية على بن جعفر المتقدمه، حيث إن في ذيلها علل عليه السلام بقوله: «إذا كان هو أنكحه و هو صغير» «٦».

و لعل الشيخ و غيره استفاد وجه نظره من هذه الرواية، فلا وجه لما أورده في الجواهر من عدم الحاجة إلى هذا، و ادعى وضوح منعه، و أضاف بأنه يمكن دعوى أن المرأة مع علمها بالحال دخلت على أن الصبر إلى الإيسار «٧». و كذا في كشف اللثام «٨» و تفصيل الشريعة، و زاد بأن هذا الاستدلال يكون

(١) وسائل الشيعة ١٥: ٤٠ الباب ٢٨ من أبواب المهور ح ٤، ٥.

(٢) جواهر الكلام ٣١: ١٢٦.

(٣) الخلاف ٤: ٣٧٣.

(٤) السرائر ٢: ٥٧٠.

(٥) قواعد الأحكام ٣: ٨٨، تذكرة الفقهاء ٢: ٦٠٨ الطبعة الحجرية.

(٦) و بالجملة: المستفاد من الرواية أن ما نحن فيه من مصاديق قاعدة الإقدام الذي هو من أسباب الضمان، فمن أقدم على الضمان فهو ضامن؛ سواء ضمن أو لم يضمن، خصوصاً أن تعيين مقدار المهر في المقام لا يكون بيد الصبي و الزوج، بل هو أمر عينه الولي. نعم، قد يقال: إنه إذا كان المستند هذه القاعدة، فلا فرق بين إيسار الولد و إيساره، و على هذا تكون الروايات حاكمة عليها أو مقيدة لها. م ج ف.

(٧) جواهر الكلام ٣١: ١٢٦.

(٨) كشف اللثام ٧: ٤٧٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٨

من الوجوه الاعتبارية «١».

و استثنى العلامة في القواعد من الحكم بضمان الأب للمهر على تقدير فقر الابن ما لو صرح الأب في العقد بنفى الضمان، و علمت المرأة بالإيسار، ففي هذا الفرض لا يضمن؛ لأن

«المؤمنين عند شروطهم»

«٢»، و لأن المرأة دخلت على ذلك مع علمها بإيسار الزوج، و ضمان الأب على خلاف الأصل، فيقتصر على المتيقن؛ و هو صورة الإيسار «٣».

و لكن استشكل الشهيد الثاني في صحته هذا الاستثناء؛ بأن النصوص و الفتاوى شاملة لمورد الاستثناء، و حمله على غيره يحتاج إلى دليل نقلّي يعارضه حتى يوجب حمله على ذلك، و لأن الصبي لا يحتاج إلى النكاح، فلا حظ له في التزام المهر في ذمته مع الإيسار عنه، و تزويج الولي له غير متوقّف على وجود المصلحة بل على انتفاء المفسدة، و لو قيد ذلك بما إذا كان في إلزام الصبي بالمهر مصلحة له - بأن كانت الزوجة مناسبة له، و خاف فوتها بدون ذلك و نحوه - قرب من الصواب، إلا أن تخصيص النصوص الصحيحة بذلك لا يخلو من إشكال «٤».

و في الرياض: و يمكن أن يقال: إن بين أدلة ضمان الأب للمهر و

«المؤمنون عند شروطهم»

تعارض العموم من وجه، و ترجيح الأوّل على الثانى أولى، لاعتضاد الإطلاق بفتاوى الفقهاء، فيرجح على عموم «المؤمنون عند شروطهم».

و لكن فى شمول مثل هذا الإطلاق لنحو محلّ الفرض إشكال؛ لعدم التبادر منه و انصرافه إلى غيره «٥»

(١) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٥٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٥: ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤.

(٣) جواهر الكلام ٣١: ١٢٦، قواعد الأحكام ٣: ٨٨.

(٤) مسالك الأفهام ٨: ٢٨٥.

(٥) رياض المسائل ٧: ١٨١-١٨٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٩

نقول: و إن أمكن تصوير نسبة العموم من وجه بين أدلة ضمان الأب للمهر و

«المؤمنون عند شروطهم»

حتى يتعارض بينهما، إلا أنّ القرينة القطعية دالة على خلاف ذلك، حيث لا يبقى لأدلة الشروط موضوع، و بتعبير آخر دعوى الإطلاق لأدلة ضمان الأب حتى فى صورة تبرى الأب من الضمان مشكلة جدّاً، و لذا قال قدس سره فى شمول مثل هذا الإطلاق لنحو محلّ الفرض إشكال.

و قال فى تفصيل الشريعة: «الموضوع فى الأخبار المتقدمه و إن كان هو التزويج الجامع لشرائط الصحّة، التى منها انتفاء المفسدة أو وجود المصلحة، إلّا أنّ دعوى الإطلاق لها بحيث يشمل صورة تبرى الولي من الضمان فى ضمن العقد مشكلة جدّاً؛ لعدم ثبوت الإطلاق لها من هذه الجهة. فاللازم الرجوع فى حكمها إلى القواعد التى منها عموم «المؤمنون عند شروطهم»، خصوصاً مع ملاحظة أنّ المهر عوض البضع، و يشكل دخول البضع فى ملك الزوج و خروج المهر عن ملك الولي» «١».

ترتب على هذه المسألة فروع:

الأوّل: ظهر ممّا قلنا أنّه لو كان الصبي مالكا لبعض المهر دون بعضٍ لزمه منه بنسبة ما يملكه، و لزم الأب الباقي.

الثانى: إطلاق النصوص و الفتاوى يقتضى عدم الفرق فى مال الصبي بين كونه ممّا يصرف فى الدين على تقديره و غيره، فيشمل ما لو كان دار سكني و دابة ركوب و نحو ذلك. و وجه الإطلاق، أنّ الحكم بوجود المهر فى ذمته حينئذ لا يقتضى صرف ماله المذكور فى الدين، و إنّما تضمن ثبوته فى ذمته على هذا الوجه، و يبقى

(١) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٥٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٠

الحكم بوفاء الدين على هذه الأشياء أمراً آخر، و مقتضى القواعد الشرعية أن لا يوفى منها و إن طلبته الزوجة، و يبقى فى ذمّة الولد إلى أن يقدر على الوفاء جمعاً بين الأصلين «١»، «٢».

الثالث: قال فى الجواهر: «إنّ مورد النصوص الأب، و فى التعدى إلى الجدّ و إن علا وجهان: من كونه أباً حقيقةً، بل ولايته أقوى من ولاية الأب فى بعض المواضع، و من مخالفة الحكم للأصول، فينبغى الاقتصار فيه على المتيقن» «٣».

الرابع: لا فرق فى ضمان الأب المهر بين المؤجل منه و المعجل و إن زاد الأجل على زمان البلوغ، بل و لا فى النكاح بين الفضولى و

غيره مع إجازة الأب له.

نعم، لو لم يُجَزِ الأب لعدم علمه مثلاً، فأجاز الولد بعد بلوغه، أمكن عدم الوجوب على الولي، للأصل، و ظهور خبر علي بن جعفر المتقدم «٤» في خلافه «٥».

الخامس: لو دفع الأب المهر عن الصغير مع يسار الولد تبرعاً، أو مع إيساره لكونه ضامناً، ثم بلغ الصبي و طلق قبل الدخول، زال ملك المرأة عن نصفه، و هل يعود إلى الأب أو إلى الابن؟ الأظهر هو الثاني؛ لأنّ الطلاق سبب مملّك جديد للنصف لا فاسخ لسبب الملك ليعود إلى مالكة، و إنّما ملكه الابن بالطلاق عن غير أبيه، فأشبه ما لو وهبه الأب الأجنبي ثم وهبه الأجنبي للابن، أو أنّ دفع الأب المهر عن الولد يجرى مجرى هبة الأب المهر للابن، فلا يعود إلى ملك الأب؛ لأنّ

(١) مسالك الأفهام ٨: ٢٨٥.

(٢) يعنى أصل كون المهر على ذمة الزوج، و أصل عدم جواز بيع الدار السكنى و دابة الركوب لأداء الدين.

(٣) جواهر الكلام ٣١: ١٢٨.

(٤) وسائل الشيعة ١٥: ٤٠، الباب ٢٨ من أبواب المهور ح ٤.

(٥) جواهر الكلام ٣١: ١٢٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣١

الأب لا يرجع في هبة ولده انظر المسالك «١» و تحرير الوسيلة «٢» و شرحه «٣».

رأى بعض أهل السنّة في ضمان الأب، المهر:

قال أبو إسحاق الشيرازى من فقهاء الشافعية: «إذا زوج الرجل ابنه الصغير و هو معسرٌ ففيه قولان:

قال فى القديم: يجب المهر على الأب؛ لأنه لما زوجّه مع العلم بوجوب المهر و الإعسار كان ذلك رضاً بالتزامه.

و قال فى الجديد: يجب على الابن و هو الصحيح؛ لأنّ البضع له و كان المهر عليه» «٤».

و قال بعض الحنفية: إذا ضمن الأب مهر الصغيرة صحّ هذا الضمان، و المرأة بالخيار فى مطالبتها زوجها البالغ أو الولي الضامن، فإن أدّى الولي يرجع على الزوج ... و أمّا إذا ضمن الأب المهر عن ابنه الصغير و أدّى لا يرجع عليه؛ لأنه يتحمّل مهوور الصغار عرفاً إلّا إذا شرط الرجوع فى أصل الضمان فيرجع «٥».

و فى شرح الطحاوى: «الأب إذا زوج الصغير امرأة فللمرأة أن تطلب بالمهر من أب الزوج فيؤدى الأب من مال ابنه الصغير و إن لم يضمن» «٦».

هذا ما عثرنا على رأيهم فى هذه المسألة، و لم نعث على رأى المالكية و الحنبلية، و لعلّه كان موجوداً فى كتب لم تكن فى أيدينا.

(١) مسالك الأفهام ٨: ٢٨٦.

(٢) تحرير الوسيلة ٢: ٢٨٧، فصل فى المهر، مسألة ٢٤.

(٣) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٥٧.

(٤) المهذب فى فقه الإمام الشافعى ٢: ٦١، المجموع شرح المهذب ١٨: ٥٤.

(٥) الدر المختار فى شرح تنوير الأبصار ٣: ١٤٠ - ١٤١، و شرح فتح القدير ٣: ٢٤٧ مع تصرّف فيهما.

(٦) أحكام الصغار: ٦٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٢

المبحث الثالث: الحرمة بالمصاهرة

إشارة

و من الأحكام التى يترتب على إنكاح الولي الصغار، الحرمة بالمصاهرة. الصهر فى اللغة بمعنى القرابة، وقيل: بمعنى زوج بنت الرجل، و زوج اخته، و الفعل المصاهرة «١». و فى اصطلاح الفقهاء - كما قال الشيخ الأعظم -: «المصاهرة علاقة تحدث بين كل من الزوجين و أقرباء الآخر و توجب حرمة النكاح»

«٢». قال الله - تعالى -: (وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ) (... ٣). و قال أيضاً: (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرِّضَاعِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ) (... ٤). و قد دلت الآيتان الكريمتان على أن المحرمات بالمصاهرة أربعة أصناف:

١- أمهات الزوجات.

٢- زوجات الأبناء.

٣- زوجات الآباء.

(١) لسان العرب ٤: ٨١.

(٢) كتاب النكاح، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٣٧٧.

(٣) سورة النساء ٤: ٢٢.

(٤) سورة النساء (٤): ٢٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٣

٤- بنات الزوجات «الربائب».

و لما لم تكن الربائب هنا متصورة لكون الزوجة صغيرة، يقع الكلام فى الثلاثة الاولى.

المسألة الاولى: نكاح ام الزوجة الصغيرة

إشارة

هل تحرم ام الزوجة الصغيرة على الزوج بمجرد العقد و إن لم يدخل بالمعقودة؟

فيه ثلاثة أقوال:

[القول الأول: عدم الحرمة.]

إشارة

الثاني: الحرمة.

الثالث: التوقف.

أما القول الأول: فذهب إليه ابن أبي عقيل؛ فإنه اشترط في تحريم الأم الدخول بالبنت، و مال إليه الصدوق و الكليني، و به قال بعض أهل السنة أيضاً «١».

قال في المختلف: «قال ابن أبي عقيل: قال الله - تعالى -: (وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَ رَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ) ثم شرط في الآية شرطاً، فقال:

(اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ) ... فالشرط عند آل الرسول، في الأمهات و الربائب جميعاً الدخول، و إذا تزوج الرجل المرأة ثم ماتت عنه أو طلقها قبل أن يدخل، بها فله أن يتزوج بأمها و ابنتها.

و أما الصدوق،

فإنه روى في الفقيه عن جميل بن دراج، عن الصادق عليه السلام أنه سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها، هل تحل له ابنتها؟ قال: «الأم و الابنة في هذا سواء، إذا لم يدخل بإحداهما حلت

(١) بدائع الصنائع ٢: ٥٣١، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥: ١٠٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٤

له الأخرى»

«١». «٢» و قال في مقدمه الفقيه: «بل قصدت إلى إيراد ما أفتى به و أحكم بصحته و أعتقد فيه أنه حجج في ما بيني و بين ربّي» «٣» فيمكن أن يقال: إن هذا فتواه قدس سره.

و قال في الوافي: «إن في الفقيه اقتصر على حديث جميل، و ذلك يدل على أنه فتواه» «٤».

و قال في المقنع: «إذا تزوج امرأة حرمت عليه ابنتها إذا دخل بالأم، فإن لم يكن دخل بالأم فلا بأس أن يتزوج الابنة، و إذا تزوج البنت فدخل بها أو لم يدخل فقد حرمت عليه الأم، و روى أن الأم و البنت في هذا سواء إذا لم يدخل بإحداهما حلت له الأخرى» «٥».

و روى الكليني عن جميل بن دراج و حماد بن عثمان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الأم و الابنة سواء إذا لم يدخل بها «... ٦».

أدلة قول الأول

إشارة

و يمكن الاستدلال لهذا القول بأمور:

الأول: أصالة الإباحة.

و هي مردودة بالأدلة التي سنذكرها في إثبات القول الثاني.

(١) الفقيه ٣: ٢٤٢ ح ١٢٤٧، وسائل الشيعة ١٤: ٣٥٦ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ٦.

(٢) مختلف الشيعة ٧: ٤٨ - ٤٩.

(٣) الفقيه ١: ٣.

(٤) الوافي ٢١: ١٧٠.

(٥) المقنع: ٣١٢.

(٦) الكافي ٥: ٤٢١ ح ١، وسائل الشيعة ١٤: ٣٥٥ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٥

الثاني: قوله - تعالى -: [وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ]

□
 (وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ) «١» بناءً على إرجاع القيد أى (اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ) إلى الجملتين.
 وفيه: أن الآية الكريمة لا- تدلّ على ذلك و لا- ظهور لها؛ لأنّه- كما حَقّق في الاصول- يجب عود الوصف و الشرط و الاستثناء المتعقّب للجمل إلى الأخيرة إلّا مع قيام القرينة على خلاف ذلك «٢»، هذا أوّلاً □
 و ثانياً: كما يستفاد من كلمات بعض الأكابر من الفقهاء رجوع (مِنْ نِسَائِكُمْ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ) إلى كلتا الجملتين غير صحيح، حيث إنّ كلمة «من» على تقدير التعلّق بالجملة الاولى تكون بيانية؛ لأنها لبيان الجنس و تمييز المدخول بهنّ من غير المدخول بهنّ، فيكون التقدير هكذا: حرّمت عليكم أمّهات نساءكم؛ أى نساءكم اللّاتي دخلتُم بهنّ.
 و من حيث إنّ (مِنْ نِسَائِكُمْ اللَّاتِي) متعلّق ب «ربائبكم» تكون ابتدائية لا ابتداء الغاية، كما تقول: بنات رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم من خديجه، فيلزم استعمال كلمة «من» في معنيين مختلفين في كلام واحد، و هو غير جائز «٣».
 و ثالثاً: أن أهل النظر في كلام العرب قالوا: إنّ الخبرين إذا اختلفا لا يجوز أن يوصف الاسمان بوصف واحدٍ، فلا يجوز قام عمرو و قعد زيد الظريفان، و علّله سيبويه باختلاف العامل في الصفة؛ لأنّ العامل في الصفة هو العامل في الموصوف.
 و بيانه في الآية، أن قوله - تعالى -: (اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ) يعود عند القائل

(١) سورة النساء ١: ٢٣.

(٢) كفاية الاصول: ٢٧٣، و قال النائيني رحمه الله: و التحقيق هو التفصيل بين ما إذا كانت الجمل المتقدّمة مشتملة على الموضوع و المحمول، و بين ما إذا حذف فيها الموضوع، ففي الأوّل يرجع إلى خصوص الأخيرة. فوائد الاصول ١ و ٢: ٥٥٥.

(٣) كتاب النكاح، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٣٧٨، الحدائق الناضرة ٢٣: ٤٥٠، جامع المقاصد ١٢: ٢٩٤، نهاية المرام ١: ١٣١، جواهر الكلام ٢٩: ٣٥٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٦

إلى نساءكم، و هو مخفوضٌ بالإضافة و إلى «ربائبكم» و هو مرفوع، و الصفة الواحدة لا تتعلّق بمختلفي الإعراب و لا بمختلفي العامل.
 قال العلامة في المختلف: «و لأنّ شرط الدخول هنا عائد إلى الربائب خاصّة؛ فإنّه قال: (مِنْ نِسَائِكُمْ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ) و الربائب من النساء لا محالة، فصحّ أن يرجع إليهنّ؛ لأنّه شرط أن يكُنّ من نساتنا، و أمّهات النساء لسن من نساتنا، بل نساتنا منهنّ، و إذا تعدّر رجوع الشرط إلى الاولى و جب اختصاصه بالأخيرة» «١».

و رابعاً- و هو أقواها و أظهرها-: الأخبار الواردة في تفسير الآية، و صرّحت بأنّ الجملة الاولى مطلقة شاملة للمدخول بها و غيرها، و الثانية مقيدة و أنّ القيد المذكور راجع إلى خصوص جملة الثانية.

من هذه الأخبار: معتبرة إسحاق بن عمار، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليهم السلام في حديث قال:

«و الأمّهات) مبهمات. دخل بالبنات، أو لم يدخل بهنّ، فحرّموا و أبهموا ما أبهم الله»

«٢». فهذه الرواية صريحة في القول المشهور، و فيها إشارة إلى تفسير الآية بالإطلاق في الجملة الأولى و التقييد في الثانية؛ فإنّ «المبهمات» في قوله عليه السلام:

«و الأمّهات مبهمات»

مأخوذة من إبهام الباب؛ بمعنى إغلاقه، و المعنى: أنّها مغلقة في التحريم لا مدخل للحلّ فيها بوجه.

و منها:

ما رواه العياشي في تفسيره عن أبي حمزة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة و طلقها قبل أن يدخل بها، أ تحلّ له ابنتها؟ قال: «قد قضى في هذا أمير المؤمنين عليه السلام لا بأس به، إنّ الله يقول: (وَ رَبَّائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ

(١) مختلف الشيعة ٧: ٥٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٤: ٣٥٥ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٧

مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ) و لو تزوّج الابنة ثمّ طلقها قبل أن يدخل بها لم تحلّ له أمّها. قال: قلت له: أ ليس هما سواء؟ قال: فقال: لا، ليس هذه مثل هذه، إنّ الله يقول: (وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ) لم يستثن في هذه، كما اشترط في تلك، هذه هاهنا مبهمّة ليس فيها شرط، و تلك فيها شرط»

«١». و هذه الرواية نصّ في المطلوب و صريحة في المعنى الذي حملنا عليه الآية.

و الحاصل أنّ الجملة الاولى مطلقه و الثانية مقيدة، و الجملة المقيدة إذا عطف على الجملة المطلقة لا يجب أن يسرى ذلك التقييد إلى الجملة الاولى أيضاً، و هو ظاهر كلام الأردبيلي و الراوندي «٢».

و ضعف بعض هذه الأخبار منجبر بالشهرة العظيمة و الإجماعات المحكيّة، مع دلالة صحيحة منصور بن حازم الآتية باشتهار الحكم بين الشيعة و افتخارهم به، لصدوره عن أمير المؤمنين عليه السلام.

الثالث: الأخبار الكثيرة:

١- كصحيحة منصور بن حازم التي يدلّ صدرها على قول ابن أبي عقيل، حيث قال عليه السلام: «قد فعله رجلٌ منّا فلم نرّ به بأساً».

و فيه: أنّها للتقية؛ لأنّ في آخر الرواية قال عليه السلام:

«يا شيخ تخبرني أنّ عليّاً عليه السلام قضى بها و تسألني ما تقول فيها» «٣».

و قضاء عليّ مشهور بين الشيعة و تفتخر به، فالصحيحة دليل للقول المشهور.

(١) نفس المصدر و الباب ص ٣٥٦ ح ٧.

(٢) فقه القرآن ٢: ٨٣، زبدة البيان ٢: ٦٦٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ٣٥٤ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٨

٢- و صحیحه

جميل بن درّاج و حمّاد بن عثمان، عن الصادق عليه السلام قال: «الأمّ و البنت سواء إذا لم يدخل بها، يعنى إذا تزوّج المرأة ثمّ طلقها قبل أن يدخل بها؛ فإنّه إن شاء تزوّج أمّها، و إن شاء ابنتها» (١).
 و فيه: أنّه لا- دلالة في هذه الرواية صريحاً و لا ظاهراً على ذلك إلّا بمعونه التفسير المذكور، و هو غير معلوم كونه من الإمام عليه السلام، بل الظاهر أنّه من بعض الرواة، و حينئذٍ فلا يكون حجّة.
 و أمّا أصل الرواية مع قطع النظر عن هذا التفسير فيحتمل أن يكون المقصود منها أنّه إذا تزوّج الأمّ و لم يدخل بها فالأمّ و البنت سواء في أصل الإباحة، فإن شاء دخل بالأمّ، و إن شاء فارقها و تزوّج البنت.
 و يؤيّده أفراد الضمير؛ فإنّه راجع إلى الأمّ على ظاهر السياق.
 كما يستظهر ذلك من كلام المحدث البحراني (٢) و النراقي (٣) و الشيخ الحرّ العاملي (٤).

٣- و رواية

جميل بن درّاج، أنّه سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة ثمّ طلقها قبل أن يدخل بها، هل تحلّ له ابنتها؟ قال: «الأمّ و الابنة في هذا سواء، إذا لم يدخل بإحدهما حلّت له الاخرى» (٥).
 و هذه الرواية و إن كانت صريحة الدلالة على القول المذكور، إلّا أنّه من المحتمل قريباً أن قوله عليه السلام: «إذا لم يدخل بإحدهما حلّت له الاخرى» تفسير

(١) نفس المصدر و الباب ح ٣ و ٤.

(٢) الحدائق الناضرة ٢٣: ٤٥٥.

(٣) مستند الشيعة ١٦: ٣٠٤، ٣٠٥.

(٤) وسائل الشيعة ١٤: ٣٥٦.

(٥) الفقيه ٣: ٢٦٢ ح ١٢٤٧، و وسائل الشيعة ١٤: ٣٥٦ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٩

بالمعنى من الصدوق رحمه الله على حسب ما ذهب إليه في الحدائق (١) و الجواهر (٢).

٤- و صحیحه محمّد بن إسحاق بن عمّار المضمرة، و فيها:

رجل تزوّج امرأةً فهلكت قبل أن يدخل بها، تحلّ له أمّها؟ قال: «و ما الذى يحرم عليه منها و لم يدخل بها» (٣).

و هذه الرواية أوضح ما استدللّ به لهذا القول.

و فيه: أنّ الاستدلال يتوقّف على كون الاستفهام إنكارياً، و لكنّه ليس بمتعين، بل لا ظهور فيه، أو عدل الإمام عليه السلام عن الجواب الصريح إلى الاستفهام للتقيّة، كما فى مستند الشيعة (٤). و فى المختلف: «أنّ محمّد بن إسحاق بن عمّار قال: قلت له، و لم يذكر من هو، فجاز أن

يكون المسئول غير الإمام (٥).

[القول الثانى] حرمة ام الزوجة الصغيرة على الزوج

إشارة

القول الثانى فى المسألة: ما قال به المشهور، و هو الأقوى؛ من أنه تحرم أم الزوجة الصغيرة على الزوج بمجرد العقد و إن علت سبباً أو رضاعاً «٦» و إن كان لم يدخل بالمعقودة. قال الشيخ فى النهاية: «و يحرم العقد على أم الزوجة؛ سواء دخل بالبنت أو لم يدخل بها» «٧». و كذا فى المبسوط «٨» و المقنعة «٩»

(١) الحدائق الناضرة ٢٣: ٤٥٦.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٣٥١.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ٣٥٦، الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٥.

(٤) مستند الشيعة ١٦: ٣٠٦.

(٥) مختلف الشيعة ٧: ٥٢.

(٦) لعموم (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)، وسائل الشيعة، الباب ١ من أبواب ما يحرم من الرضاع.

(٧) النهاية للطوسى: ٤٥١.

(٨) المبسوط للطوسى ٤: ١٩٦.

(٩) المقنعة: ٥٠٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٠

و الوسيلة «١» و الجامع للشرائع «٢» و المهذب «٣».

و فى الناصريات: «عندنا أن أمهات النساء يحرمن بالعقد على بناتهنّ بمجرد العقد من غير اعتبار بالدخول، و وافقنا على ذلك جميع فقهاء الأمصار...

دليلنا الإجماع «٤». و ادعى عليه الإجماع أيضاً فى الغنية «٥».

و قال فى الروضة: «و أمّا تحريم الأمّ و إن لم يدخل بالبنت فعليه المعظم، بل كاد يكون إجماعاً» «٦».

و قال المحقق النراقى: «يمكن أن يقال: إنه إجماع محقق» «٧».

و فى تحرير الوسيلة: «لو عقد على امرأة حرمت عليه أمها و إن علت، نسباً أو رضاعاً؛ سواء دخل بها أم لا، و سواء كان العقد دواماً أو انقطاعاً، و سواء كانت المعقودة صغيرة أو كبيرة» «٨». و به قال فى تفصيل الشريعة «٩».

أدلة هذا القول

و يمكن الاستدلال لهذا القول بوجوه:

الأول: الإجماع كما تقدّم.

(١) الوسيلة لابن حمزة: ٢٩٢.

(٢) الجامع للشرائع لابن سعيد: ٤٢٧.

(٣) المهذب للقاضى ابن البرّاج ٢: ١٨٢.

(٤) الناصريات: ٣١٧.

(٥) غنية النزوع: ٣٣٦.

(٦) الروضة البهية ٥: ١٧٧.

(٧) مستند الشيعة ١٦: ٣٠١.

(٨) تحرير الوسيلة ٢: ٢٦٣، مسألة ٢.

(٩) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٢٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤١

الثاني: عموم قوله تعالى: (وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ) «١».

و تقريب الاستدلال به أن يقال: ظاهر الآية يدل على تعداد المحرمات المعدودة، و هي تشمل المدخول بهن و غير المدخول بهن، فإن جمع المضاف يفيد العموم، و لا مخصيص لها إلا احتمال كون القيد الذى ورد فى ذيلها (مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ) راجعاً إلى هذه الجملة، و هذا الاحتمال مردودٌ بالوجه التى ذكرناها فى رد الاستدلال بالآية للقول الأول، فليراجع.

الثالث: - و هو العمدة- النصوص:

منها: موثقة

غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام، أن علياً عليه السلام قال:

«إذا تزوج الرجل المرأة حرمت عليه ابنتها إذا دخل بالأم، فإذا لم يدخل بالأم فلا بأس أن يتزوج بالابنة، و إذا تزوج بالابنة فدخل بها أو لم يدخل فقد حرمت عليه الأم»
الحديث «٢».

و دلالتها على حرمة أم الزوجه مطلقاً واضحة.

و منها: موثقة أبي بصير المضمرة

قال: سألت عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها؟ فقال: «تحلّ له ابنتها و لا تحلّ له أمها» «٣».

و منها: صحيحة منصور بن حازم

قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام، فأتاه رجل فسأله عن رجل تزوج امرأة فماتت قبل أن يدخل بها، أ يتزوج بأمها؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: قد فعله رجل منّا فلم ير به بأساً «٤».

(١) سورة النساء ٤: ٢٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٤: ٣٥١ الباب ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ٤.

(٣) نفس المصدر، و الباب ح ٥.

(٤) و أثبت فى الوسائل و تفسير العياشى «فلم ير به بأساً» بالياء على صيغة الغائب، و لكن فى الكافى و الحدائق و التهذيب و جامع أحاديث الشيعة و نوادر أحمد بن محمد بن عيسى «فلم نر به بأساً» بالنون على صيغة المتكلم.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٢

فقلت: جعلت فداك ما تفتخر الشيعة إلا بقضاء على عليه السلام فى هذه الشمخية «١» «السجية خـ» التى افتاها ابن مسعود أنه لا بأس بذلك، ثم أتى علياً عليه السلام فسأله، فقال له على عليه السلام: من أين أخذتها؟ قال: من قول الله- عزّ و جلّ-: (وَ رَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ) فقال على عليه السلام: إن هذه مستثناة و هذا مرسله (وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ)- إلى أن قال: - فقلت له: ما تقول فيها؟ فقال: يا شيخ تخبرنى أن علياً عليه السلام قضى بها و تسألنى ما تقول فيها «٢».

نقول: لَمَّا جعل ابن مسعود قوله - تعالى - : (مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ) متعلقاً بالمعطوف و المعطوف عليه جميعاً، و جعلهما مقيدين بالدخول، ردّ عليه السلام بأنّ

(١) و هذه الكلمة وردت بصورٍ مختلفة، ففي الكافي ٥: ٤٢٢ «هذه الشمخية»، و كذا في شرحه «مرآة العقول» ٢٠: ١٧٨، و في تفسير العياشي ١: ٢٣١ «هذه الشخينة». و في هامشه و في بعض النسخ الشخينة، و في التهذيب ٧: ٢٧٤ هذه السمجية، و في الاستبصار ٣: ١٥٧ هذه الشمخية مطابقاً للكافي و شرحه.

و في البحار ١٠٤: ٢٠ هذه السمجية، و في طبعه القديم ٢٣: ٩٦ هذه الشمخة، و في تفسير البرهان ١: ٣٥٧ هذه السمحة، و في الوسائل ١٤: ٣٥٤ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١ هذه الشمخية، و كذا في جامع أحاديث الشيعة ٢٠: ٤٣١. و قال في مرآة العقول ٢: ١٧٨ - ١٧٩: و يحتمل أن يكون تسميتها بها لأنها صارت سبباً لإفتخار الشيعة على العامة. و قال الوالد العلامة: إنّما وسمت المسألة بالشمخية بالنسبة إلى ابن مسعود، فإنّه «عبد الله بن مسعود» ابن غافل بن حبيب بن شمش، أو لتكبر ابن مسعود فيها عن متابعه أمير المؤمنين عليه السلام يقال: شمش بأنفه.

و الظاهر أنّ ما قاله المجلسي في وجه تسمية هذه الكلمة غير صحيحة، و الحقّ في ضبطها «هذه الشمخية» كما في الكافي و شرحه و الوسائل و غيرها. و دليل تسمية هذه المسألة بالشمخية لأجل أنّ رجلاً من بنى شمش تزوّج امرأة و لم يدخل بها، ثم رأى أمها فأعجبه و استفتى ابن مسعود، فأمره أن يفارقها ثم يتزوّج أمها، ففعل و ولدت له أولاداً، ثم أتى ابن مسعود المدينة فسأل عمر، أو أصحاب النبي صلى الله عليه و آله و سلم، فقالوا: لا - تصلح، فلما رجع إلى الكوفة قال للرجل: إنّها عليك حرام ففارقها، الدرّ المنتور للسيوطي ٢: ١٣٥، أوجز المسالك ٩: ٣٣٩.

(٢) و وسائل الشيعة ١٤: ٣٥٤، الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٣

المعطوف عليه مطلق و المعطوف مقيد، و قوله عليه السلام: إنّ هذه مستثناة، أي مقيدة بالنساء اللاتي دخلتم بهنّ، و قوله عليه السلام: و هذه مرسله، أي مطلقة غير مقيدة بالدخول و عدمه. و قال الشيخ الحرّ العاملي بعد نقل الرواية: «لا يخفى أنّه عليه السلام أفتى أولاً بالتقية كما ذكره الشيخ و غيره، و قرينتها قوله: قد فعل رجل»

متبناً فنقل ذلك عن غيره، و قول الرجل المذكور ليس بحجة، إذ لا تعلم عصمته، ثم ذكر أخيراً أنّ قوله في ذلك هو ما أفتى به عليّ عليه السلام» (١).

الترجيح للأخبار التي دلّت على التحريم

إن قيل: فمقتضى ما ذكر من النصوص لإثبات القولين، وقوع التعارض بينهما، فما المرجح؟ قلنا: و على فرض التعارض، كان الترجيح للأخبار التي دلّت على إثبات قول المشهور؛ لأنها موافقة لعموم الكتاب و مخالفة لبعض العامة، كما سيأتي، و معاضدة للشهرة المتحققة و الإجماعات المحكيّة، و النصوص التي دلّت على القول الأوّل في جانب العكس؛ أي مخالفة للكتاب و شاذّة، و لذا لا يجوز العمل بها، كما قال الشيخ في التهذيبين (٢). و هكذا موافقة لبعض العامة كما سيأتي. قال الشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني: «لو فرض التعارض بين الطائفتين و صحّة الاحتجاج بها في نفسها، فالشهرة الفتوائية المحققة - التي هي أوّل المرجحات في الخبرين المتعارضين على ما استفيد من مقبوله عمر بن حنظلة (٣)

- (١) نفس المصدر و الباب، ذيل ح ١.
- (٢) تهذيب الأحكام ٧: ٢٧٥، الاستبصار ٣: ١٥٨.
- (٣) الكافي ١: ٦٧ ح ١٠، وسائل الشيعة ١٨: ٧٥ أبواب صفات القاضي الباب ٩، ح ١.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٤
- المعروفة- مطابقة مع الطائفة الاولي، فلا- محيص عن الأخذ بها، إذ لم يحك الخلاف إلّا عن الحسن «١»، حيث اشترط الحرمة بالدخول كالنبت «٢».

شيرازي، قدرت الله انصاري و پژوهشگران مركز فقهی ائمه اطهار عليهم ا، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ٤ جلد، مركز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٩ هـ ق موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها؛ ج ٢، ص: ٤٤

[القول الثالث] التوقف في المسألة

القول الثالث: التوقف في المسألة و عدم القول بالإباحة و لا القول بالتحريم.

قال العلامة رحمه الله- بعد أن أورد على روايتي جميل بن درّاج و منصور بن حازم:-

«و هذان الحديثان قويان لا يبعد عندي العمل بهما، ثم قال: و بالجملة: فنحن في هذه المسألة من المتوقفين، إلّا أن الترجيح للتحريم؛ عملاً بالاحتياط و بفتوى الأكثر من الأصحاب» «٣».

و قال السيد صاحب المدارك- بعد ذكر الأخبار التي تدل على عدم الحرمة:-

«و هذه الروايات أصحّ طرقاً من الأخبار المحرّمة، و المسألة قويّة الإشكال» «٤» و توقف في ذلك أيضاً المحقق الأردبيلي «٥».

و وجه توقف هؤلاء الأعلام قدس سرهم الأخبار الصحيحة المتقدّمة و احتمال رجوع القيد في قوله- تعالى:- (مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ) إلى الجملتين.

و لكن تقدّم الجواب عنها مشروحاً فلا وجه للتوقف، و إن كان الاحتياط طريقاً إلى النجاة، و الله تعالى هو العالم بحكمه.

(١) مختلف الشيعة ٧: ٤٨، إيضاح الفوائد ٣: ٦٦.

(٢) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٢٢-٢٢٣.

(٣) مختلف الشيعة ٧: ٥٣.

(٤) نهاية المرام ١: ١٣٣.

(٥) زبدة البيان: ٦٦٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٥

آراء فقهاء أهل السنة في المسألة

و عندهم في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: عدم اشتراط تحريم أمّ الزوجة على الزوج بالدخول.

الثانى: اشتراط التحريم بالدخول.

الثالث: التفصيل بين الطلاق و الموت.

أما القول الأول: فهو قول عامة علمائهم، قال الكاسانى من فقهاء الحنفية:

«المحرّمات بالمصاهرة أربع فرق: الفرقة الاولى أمّ الزوجة و جدّاتها من قبل أبيها و أمّها و إن علون، فيحرم على الرجل أمّ الزوجة بنصّ الكتاب العزيز؛ و هو قوله - عزّ و جلّ -: (وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ)، معطوفاً على قوله - عزّ و جلّ -: (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَ بَنَاتُكُمْ) سواء كان دخل بزوجه أو كان لم يدخل بها عند عامة العلماء» (١).

و بمثل ذلك قال القرطبي فى جامع الأحكام (٢) و السرخسى فى المبسوط (٣) و ابن قدامة فى المغنى (٤). و به قال أيضاً المالكية و الشافعية و الظاهرية (٥).

و أما القول الثانى: و هو اشتراط تحريم أمّ الزوجة بالدخول بالابنة، فهو أحد قولى الشافعى (٦)، و به قال مالك. و داود الاصفهاني، و محمّد بن شجاع البلخى...
و روى هذا أيضاً عن عبد الله بن مسعود و جابر (٧)

(١) بدائع الصنائع ٢: ٥٣١.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥: ١٠٦.

(٣) المبسوط للسرخسى ٤: ١٩٩.

(٤) المغنى ٧: ٤٧٢، الكافى فى فقه الإمام أحمد ٣: ٢٧.

(٥) بلغة السالك لأقرب المسالك ٢: ٢٥٩، أوجز المسالك ٩: ٣٣٧، عقد الجواهر الثمينه ٢: ٣٨، الامّ ٥: ١٤٩، المجموع شرح المهذب ١٧: ٣٧٨ - ٣٧٩، روضة الطالبين ٦: ١٠٧، المحلّى بالآثار ٩: ١٤٠.

(٦) المبسوط للسرخسى ٤: ١٩٩.

(٧) بدائع الصنائع ٢: ٥٣١ - ٥٣٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٦

و نقل القرطبي فى تفسيره هذا القول عن السلف، و زعموا أنّ شرط الدخول فى الآية الكريمة راجع إلى الامّهات و الربائب جميعاً (١)، و نقل النووى هذا القول عن بعض آخر (٢).

و أما القول الثالث: و هو التفصيل بين الطلاق و الموت، فهو قول زيد بن ثابت، فقال فى الطلاق مثل قول الثانى، و فى الموت مثل قول الأول، فجعل الموت كالدخول؛ لأنّه بمنزلة الدخول فى حقّ المهر، و كذا فى حقّ التحريم (٣).
نقول: هذا قياس ضعيف و مخالف لعموم قوله - تعالى -: (وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ) الذى لا يدلّ على شرط الدخول.

رأى المحقق القمى فى تزويج الصغيرة

قال المحقق القمى رحمه الله فى جامع الشتات: إذا زوج الأب ابنته الرضيعه بمدّة ساعة و كان غرضه منه أن تصير امها محرماً للزوج لا غير، لا يصحّ و لا يترتب عليه أثر شرعى (٤).

و تبعه فى ذلك السيد الاصفهاني و قال قدس سره: لا يبعد أن يعتبر فى عقد الصغيرة متعة أن تبلغ الصغيرة إلى حدّ تكون قابلة للاستمتاع و الاستلذاذ و إن كان الاستلذاذ بغير الوطء، أو أن تبلغ إلى ستّ سنين، أو أن يجعل المدّة طويلة حيث تكون متضمّنة إلى

هذا الحدّ، فما هو متعارف بين الناس من أن يعقد الأب ابنته الصغيرة التي لا تكون بهذا الحدّ لرجلٍ في مدّة ساعةٍ مثلاً، و الغرض من هذا العقد

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥: ١٠٦.

(٢) روضة الطالبين ٦: ١٠٧.

(٣) بدائع الصنائع ٢: ٥٣٢، أوجز المسالك ٩: ٣٣٨، المغنى ٧: ٤٧٢.

(٤) جامع الشتات ٤: ٤٦٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٧

أن تصير أمها محرماً للزوج...

و هذا العقد في غاية الإشكال، فيشكل أن تترتب عليه محرمته أمها «١».

و ذكر المحقق القمي لإثبات رأيه أدلّة ذكرها فيما يلي:

الأول: أن الغرض من جعل عقد المتعة هو إمكان الاستمتاع «٢» و الاستلذاذ من الزوج، كما هو المستفاد من ظاهر الآية و الأخبار، و هما غير ممكنين في هذا العقد لصغر الزوجة.

توضيح ذلك: أن الاستمتاع في قوله - تعالى -: (فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ) «٣...» ظاهر في عقد المتعة، كما في زبدة البيان «٤». و في فقه القرآن: قال الحسن: هو النكاح، و قال ابن عباس و السدي: هو المتعة إلى أجلٍ مسمّى، و هو مذهبنا «٥».

و كذا الأخبار تدلّ على أن وضع الشارع عقد المتعة كان لأجل الاستمتاع و الاستلذاذ، مثل ما رواه محمد بن مسلم - بسندٍ معتبر - «٦» عن أبي جعفر عليه السلام، في حديث قال:

«إن الله رآف بكم فجعل المتعة عوضاً لكم من الأشربة» «٧».

(١) صراط النجاة ٢: ٨٨ مسألة ٢، و هو رسالة باللغة الفارسية.

(٢) و لا يخفى عدم كون الإمكان غاية و غرضاً، بل الظاهر أن الاستمتاع الفعلي يصلح لأن يكون غرضاً. هذا، مضافاً إلى أن الاستمتاع من الدواعي لهذا النكاح، أو يكون حكمه لصحة هذا العقد، و إلّا فمن الواضح صحة المتعة بين الشيخ و الشیخة مع العلم بعدم إمكان الالتذاذ بينهما، فتبيّن من ذلك أن صحة العقد دوماً أو متعة لا تتوقف على الاستمتاع أو إمكانه، بل للعقد بقسميه آثار مختلفة، كالتوارث و المحرمية و غيرهما فتدبر. م ج ف.

(٣) سورة النساء ٤: ٢٤.

(٤) زبدة البيان: ٦٥٠.

(٥) فقه القرآن للراوندي ٢: ١٠٤.

(٦) لأنّ السند هكذا: و عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن علي بن أسباط، عن بعض أصحابنا، عن محمد بن مسلم، و كلمة بعض أصحابنا ظاهر في أن الراوي رجلٌ من الشيعة، و هو عظيم المنزلة و جليل القدر و لم يذكر اسمه تعظيماً و إجلالاً له.

(٧) وسائل الشيعة ١٤: ٤٣٨، الباب ١ من أبواب المتعة، ح ٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٨

فجعل المتعة عوضاً من الأشربة المحرمة ظاهر في أن الغرض من المتعة هو الالتذاذ و الاستمتاع.

و منها: صحيحة عبد الله بن سنان،

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إنَّ الله - تبارك و تعالی - حرّم على شيعتنا المسكر من كلِّ شرابٍ و عوّضهم من ذلك المتعة» (١).
و دلالتها واضحة.

الثانى: أنّه يستفاد من الأخبار الواردة فى وجوه النكاح أنّ العلة «٢» فى تشريع المتعة تسهيل الأمر فى استحلال الفروج للذين لا يقدرّون على النكاح البات «٣»، أو ملك اليمين «٤».
كرواية عبد الله بن مسعود قال: كنّا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ليس معنا نساء، فقلنا: يا رسول الله ألا نستحصن «٥» هنا بأجرٍ؟ فأمرنا أن ننكح المرأة بالثوب «٦».

و المراد بالاستحصان بالأجر هو عقد المتعة، لصحيحة زرارة،

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا تكون متعة إلا بأمرين، أجلٍ مسمّى و أجرٍ مسمّى» «٧»،

(١) نفس المصدر و الباب ح ٩.

(٢) و الظاهر أنّ هذا إنّما هو من جهة الغلبة و لا ينافى هذا عدم إمكان الاستمتاع؛ فمثلاً إذا كان الزوج و الزوجة مريضين لا يقدران على الاستمتاع أبداً فلا يقول أحد بعدم الصحة. م ج ف

(٣) و فى الحديث: الرجل يتزوج المرأة متعةً، أحلّ أن يتزوج ابنتها بتاتا؟ الفقيه ٣/ ٢٩٥، ح ١٤٠٥، يعنى دائماً، كما يدلّ عليه قوله عليه السلام: «فرج موروث و هو البتات، و فرج متعة» مجمع البحرين ١/ ١١١ كلمة بت.

و فى رواية جابر بن عبد الله الأنصارى، عن رسول الله صلى الله عليه و آله، أنّه خطب الناس فقال: «أيها الناس إنّ الله أحلّ لكم الفروج على ثلاث معان: فرج موروث و هو البتات، و فرج غير موروث و هو المتعة، و ملك أيمانكم». تهذيب الأحكام ٧: ٢٤١ ذ ح ١٠٥١.

(٤) جامع الشتات ٤: ٤٦٣.

(٥) أصل الإحصان المنع، أحسن الرجل: إذا تزوج، فهو محصن، مجمع البحرين ١: ٤١٧ مادة حصن.

(٦) وسائل الشيعة ١٤: ٤٤٠ الباب ١ من أبواب المتعة ح ٢٦.

(٧) نفس المصدر ١٤: ٤٦٥ الباب ١٧ من أبواب المتعة ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٩

و كذا مرسله ابن أبى عمير، و خبر على بن إبراهيم «١».

و أيضاً الأخبار الواردة فى جواز التمتع بالكتائب، و الأخبار الدالة على عدم تعيين الحد فى المهر، تدلّان على أنّ العلة فى تشريع المتعة هى تسهيل الأمر فى استحلال الفروج.

فمن الأول: مثل مضمرة إسماعيل بن سعد الأشعري

قال: سألته عن الرجل يتمتع من اليهودية و النصرانية؟ قال: «لا أرى بذلك بأساً». قال: قلت:

فالمجوسية؟ قال: «أما المجوسية فلا» «٢».

و رواية

ابن فضال، عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا بأس أن يتمتع الرجل باليهودية و النصرانية و عنده حرّة» «٣».

و مثلها مضمرة زرارة و معتبرة محمد بن سنان «٤».

و من الثانى: مثل صحيحة أبى بصير،

قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن متعة النساء قال: «حلالٌ و أنّه إنّما خ ل» يجزء فيه الدرهم فما فوقه «٥».

و مرسله يونس،

□
عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أدنى ما تحلّ به المتعة كَفَّ الطعام» (٦).

و يؤيده رواية الأحول و خبر أبي بصير (٧).

الثالث: الأخبار التي تدلّ على أنّهنّ مستأجرات دالّة على ذلك؛ لأنّ

(١) نفس المصدر ١٤: ٤٣٦ الباب ١ من أبواب المتعة ح ٣ و ١٩.

(٢) نفس المصدر ١٤: ٤٦١ الباب ١٣ من أبواب المتعة، ح ١.

(٣) نفس المصدر و الباب، ح ٢.

(٤) نفس المصدر و الباب ح ٣ و ٤.

(٥) نفس المصدر ١٤: ٤٧٠ الباب ٢١ من أبواب المتعة، ح ١.

(٦) نفس المصدر و الباب، ح ٦.

(٧) نفس المصدر و الباب ح ٢ و ٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٠

الاستتجار (١) يقتضى عملاً من الأجير، و المفروض عدمه من الرضيعة، و عدم تمكّنها منه.

و مع فرض كون المدّة غير قابلةٍ لخروجها من القوّة إلى الفعل؛ فإنّ الاجرة بإزاء العمل، و لا عمل يتصوّر هنا في جانب الأجير، و لا منفعة (٢) هنا تتصوّر من جانبها حتّى يكون المهر أجراً لها، و أهمّ هذه الأخبار ما يلي:

منها:

□
ما رواه زرارة، عن أبي عبد الله قال: ذكرت له المتعة أ هي من الأربع؟

فقال: «تزوج منهنّ ألفاً فإنهنّ مستأجرات» (٣).

و منها: معتبرة

محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، في المتعة: «ليست من الأرباع؛ لأنها لا تطلق و لا تترث، و إنّما هي مستأجرة» (٤).

و منها: معتبرة اخرى لزرارة

عن أبي جعفر عليه السلام؛ لأنّه قال في آخرها: «هذه مستأجرة، و هي بمنزلة الإمام» (٥).

فالحاصل من هذه النصوص أنّ المرأة في المتعة بمنزلة المستأجرة، و الأجر إمّا أن يكون بإزاء العمل، و إمّا بإزاء المنفعة، و كلاهما

منتف من الرضيعة في هذه المدّة القليلة. قال في الجواهر في بيان الفرق بين عقد الدائم و المتعة: إنّ المراد منه النسل

(١) الإجارة في اللغة اسم للآجرة؛ و هي كراء الأجير و الكروء؛ و هو عوض العمل، يقال: آجر الشيء أكرهه، قال الخليل: الإجارة ما

أعطيت من أجرٍ في عملٍ، الأجر جزاء العمل... و قال غيره: من ذلك مهر المرأة، قال الله تعالى: «فآتوهنّ أجورهنّ»*، معجم

مقاييس اللغة ١: ٦٢ مادة أجر، القاموس المحيط ١: ٣٧٦، المصباح المنير ١: ٥، و الإجارة في اصطلاح الفقهاء عقد ثمرته تملك

المنفعة بعوضٍ معلوم، أو هي عقد معاوضةٍ على تملك المنفعة للعوض، شرائع الإسلام ٢: ١٤٠، المبسوط للسرخسي ١٥: ٧٤، المغنى

و الشرح الكبير ٦: ٣، كتاب الامّ ٤: ٢٥.

(٢) قد مرّ تصوير المنفعة من جهة التوارث و المحرمية. م ج ف.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ٤٤٦ الباب ٤ من أبواب المتعة، ح ٢.

(٤) نفس المصدر و الباب، ح ٤.

(٥) نفس المصدر ١٤: ٤٨٠ الباب ٢٦ من أبواب المتعة، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥١

و نحوه، و المقصود من المتعة الانتفاع و الاستمتاع و نحو ذلك ما هو شبه الإجارة، و لذا كان المهر فيها كالعوض فى الإجارة شرطاً فى الصحة «١».

و فى أحكام القرآن للجصاص: «و إنما سُمى المهر أجراً لأنه بدل المنافع و ليس ببدل عن الأعيان، كما سُمى بدل منافع الدار و الدابة أجراً... و يُروى أن فى قراءة ابى بن كعب فما استمتعتم به منهنّ إلى أجلٍ مسمى فآتوهنّ أجورهنّ» «٢».

الرابع: أن العقود تابعة للقصد، و الغرض الأصلي فى عقد المتعة هو الاستمتاع و الانتفاع كما تقدّم، و هما منتفیان فى عقد الرضیعة؛ لعدم إمكانهما بالفرض، و أما محرمة الأم فلا تكون غرضاً للعقد، فلا يقصد منه.

توضیح ذلك: أن أفعاله سبحانه و تعالى معللة بأغراض، و لكن قد يترتب على أفعاله آثار ليست بأغراض؛ فإنّ تحريم الزنا مثلاً معلل بعدم اختلاط المياه و ضیاع الأنساب و نحو ذلك، و لكنّه يترتب عليه إجراء الحدّ مثلاً، و من الظاهر أنه ليس الغرض من التحريم ذلك و إن ترتب عليه.

فنقول: إن حرمة أم الزوجة و محرمتيها إنما هما من الآثار المترتبة على النكاح و فوائده، و هما إما ليستا من الأغراض، أو لم يثبت كونهما غرضاً، إذ عدم الثبوت كافٍ فى ثبوت العدم.

فلو فرض إجراء صیغة النكاح لمحض ذلك، و لم يكن الغرض المطلوب من النكاح حاصلًا، سيما مع عدم إمكان مطلوبيته، فلا يكفى ذلك فى تصحيح العقد و لا يترتب عليه الأثر و الفائدة «٣».

الخامس: أصالة عدم الصحة؛ فإنها حكم شرعى يحتاج إلى دليل شرعى،

(١) جواهر الكلام ٣: ١٦٢.

(٢) أحكام القرآن ٣: ٩٥.

(٣) جامع الشتات ٤: ٤٦٣-٤٦٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٢

و لا دليل عليه كما عرفت.

السادس: استصحاب الحكم السابق «١».

و بعد ذكر الأدلة رتب عليها قدس سره نتيجة فقال: و ممّا ذكرنا يظهر أنه لا يتم الاستدلال بمثل «أوفوا بالعقود» فإنه لا معنى لإرادة كلّ عقدٍ يتصور؛ لاستلزامه التخصيص غير المرضي، فلا بدّ من حملها على العقود المعهودة فى زمان الشارع، و لم يثبت كون هذا العقد معهوداً فى زمان الشارع، و احتمال كونه معهوداً لا يكفى؛ لأنّ الأصل عدم الصحة، و لا يرتفع مقتضى الأصل إلّا بثبوت دخوله فى العقد، و لا يكفى الاحتمال.

و أضاف: بأنّ العمومات و الإطلاقات لا تنصرف إلى مثل هذا العقد؛ لأنّ كلّها إما صريح فى غير هذا العقد، أو ظاهر فيه، بل لا يكاد توجد رواية يمكن انصرافها إلى هذا العقد أو ظاهر فيه «٢»، و لكن أمر قدس سره فى موضع آخر من كتابه بالاحتياط؛ لأنّ أمر الفروج شديد «٣».

و الجواب عن استدلال الأول و الثاني: أن الآية الكريمة و كذا الأخبار تشعران بأنه تكون الحكمة في جعل المتعة إمكان الاستلذاذ و الانتفاع للرجال من النساء و بالعكس، و تسهيل الأمر في استحلال الفروج للذين لا يقدرّون على النكاح البات، و لا ظهور فيهما على أن الاستلذاذ و الانتفاع علةٌ منحصرةٌ في جعلها، بحيث كان الاستلذاذ و الانتفاع موضوعاً للحكم، فإن لم يكونا لم تجز المتعة.

(١) جامع الشتات ٤: ٤٦٢.

(٢) نفس المصدر ٤: ٤٦٣ و ٤٧٦.

(٣) نفس المصدر ٤: ٥١٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٣

و الشاهد على ذلك جواز متعة النساء العجائز اللاتي لا يكنّ قابلات للاستمتاع؛ فإنه لا خلاف بين الفقهاء في جواز متعتهنّ، حتّى أن المحقّق القمّي رحمه الله و السيد الاصفهاني لم يفتيا بعدم جوازها، مع أنّه يمكن أن يفرض عدم قابليتهنّ للانتفاع و الاستلذاذ في الحال و في المستقبل.

و هذا أقوى دليل على أنّه ليس الغرض في جعل المتعة منحصرأً بالانتفاع و الاستلذاذ، بل هما حكمه فيها.

قال المحقّق الفقيه الفاضل اللكراني في شرح كلام الإمام الخميني قدس سره في المقام:

«الاحتياط الذي ذكره في المتن بالإضافة إلى الأمر الراجح بين كثير من المتديّنين، حيث يعقدون الصغيرة عقداً انقطاعياً لأجل حصول المحرمية بالإضافة إلى أمها و جواز النظر إليها، من دون أن يكون المقصود هي الزوجية المتعارفة، نظراً إلى أن مقتضى الاحتياط عدم العقد على الصغيرة جداً... و لكنّ الظاهر عدم لزوم رعاية شيء من الاحتياطين و كفاية العقد الانقطاعي ساعة أو ساعتين مثلاً؛ لعدم انحصار فائدة النكاح بالوطء و لا بالاستمتاع و لو بغير الوطء، بل المحرمية بالإضافة إلى الأقرباء، مثل أم الزوجة تكون من الآثار» (١).

و ممّا قلنا ظهر الجواب عن الثالث أيضاً؛ فإنّ الأخبار- التي تدلّ على أنّ النساء مستأجرات- معناها أنّ أكثر الأفراد و نوعهنّ تكون كذلك، و لا منافاة بأن لا يكون بعض الأفراد كذلك. ألا ترى أنّ وجوب العدة في الطلاق و كذا في المتعة علّت بعدم اختلاط المياه و تشويش الأنساب، و الحال أنّ بعضهنّ عقيم ليست فيهنّ قابلية النسل، و مع هذا تجب عليهنّ العدة؟ ففي مسألتنا هذه أيضاً لا منافاة بأن لا تجرى في بعض مصاديق المتعة الحكمة التي لأجلها شرّعت المتعة «أى كونهنّ مستأجرات» مع هذا تترتب على هذه المصاديق آثار المتعة، و منها محرمة

(١) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٢٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٤

أمّ الزوجة الصغيرة على الزوج.

و يؤيد ما قلنا الأخبار التي وردت على عدم تعيين حدّ في المتعة، و أنّ أدنى ما تحلّ به المتعة كفّ طعام، فهذه تدلّ على أنّه ليس المقصود منها كسب الاجرة حتّى يلزم أن تكون في مقابلها العمل أو المنفعة مثل باب الإجارة؛ لأنّ كفّاً من الطعام ليس قابلاً لأن يكون اجرة للعمل الذي كان المقصود المنحصر منه طلب الاجرة.

قال المحقّق الآشتياني: «إنّ المنشأ بعقد التمتع ليس تمليك منفعة... بداهة عدم كون عقده من العقود التمليكية، بل المنشأ به هي العلقه الزوجية بين شخصين... و ما ورد في بعض النصوص من تنزيل الإمام عليه السلام المرأة المتمتع بها منزلة المستأجرة... إنّما المراد منه التنزيل في خصوص بعض الآثار، كخروجها عن عقد الزوجية بانقضاء المدّة، كما تخرج المستأجرة بانقضائها، و كعدم

استحقاقها للمهر أصلاً فيما إذا امتنعت عن التمكين بالنسبة إلى تمام المدّة، و عدم استحقاقها لبعضه فيما إذا امتنعت عنه في بعضها كما لا تستحقّ المستأجرة الاجرة فيما إذا لم تعمل العمل المستأجرة عليه.

كيف، لو كان المراد هو التنزيل في جميع الآثار لزم بطلان العقد فيما لو مات أحدهما في أثناء المدّة و رجوع المهر إلى الزوج بالنسبة الى ما بقى منها، و غير ذلك من أحكام الإجارة التي لم يلتزم بها أحد في المتعة» (١). و مثل هذا جاء في كلام المحقق الرشتي قدس سره (٢).

و الجواب عن الرابع؛ أنه يمكن أن يفرض محرمية أم الزوجة أيضاً من أغراض المتعة و قصدها العاقد. و أما الجواب عن الخامس و السادس؛ فإنه لا معنى لجريان أصالة الصّحة

(١) كتاب الإجارة، للمحقق الآشتياني: ٢٦٨ و ٢٦٩.

(٢) كتاب الإجارة، للمحقق الرشتي: ٣٤٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٥

و استصحاب الحكم السابق؛ لأنّ هذا الفرد من المتعة عقد نكاح فتشمله العمومات و الإطلاقات، و لا معنى لأن نقول بانصراف الأدلة عنها؛ لأنّ ملاك الانصراف هو التشكيك في الصدق، و لا خفاء في صدق عنوان العقد و النكاح على عقد الصغيرة الرضيعة، بل هي و غيرها في إطلاق المتعة عليها سواء، فلما ذا لا تشملها الإطلاقات.

و أما ما قاله رحمه الله بأنّه لا بدّ من حمل العقود على العقود المعهودة في زمان الشارع و لم يثبت كون هذا العقد معهوداً، فليس عليه أيضاً دليل بل على عدمه؛ لأنّه يلزم أن نقول بعدم جواز كثير من المعاملات التي لا تكون معهودة في زمانه صلى الله عليه و آله و سلم، مع إطلاق العقد عليها، مثل المعاملات التي يطّلع المشتري فيها على أوصاف المبيع مع الهاتف، أو بأن تكتب في الجرائد، و مثل أخذ المأكولات من مكان و وضع الفلوس فيه مع عدم وجود البائع، و التعامل بنقد البلدان الاخرى غير نقد البلد الذي وقع فيه التعامل، و مثل المعاملات المشتركة بين الدول أو الأشخاص مع البنوك بأقسامها الجديدة التي كانت شائعة بين الناس و لم تكن شائعة في زمن الشارع صلى الله عليه و آله و سلم.

و الحاصل: أنّ مقتضى لصحة هذا العقد موجود و المانع فيه مفقود، و لأجل ذلك قال بصحة المشهور من الفقهاء من المتأخرين و المعاصرين، و لم يقل ببطلانه فيما نعلم إلّا المحقق القمي و السيد الاصفهاني رحمه الله.

ففي صراط النجاة للسيد الخوئي قدس سره في سؤال الرقم ١١٢٧، سئل عنه في حالة العقد متعة على الطفلة من أجل تحليل أمها، هل يكفي في المصلحة أخذ المهر أم لا؟

و أجاب قدس سره: «نعم يكفي» و تبعه تلميذه الشيخ الفقيه جواد التبريزي (١)

(١) صراط النجاة للسيد الخوئي مع تعليقات الشيخ جواد التبريزي، ج ٢: ٣٦٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٦

و قال بصحة أيضاً السيد الكلبيگاني (١) و الشيخ الفقيه الفاضل اللكراني (٢).

[المسألة الثانية و الثالثة] حرمة زوجة كل من الأب و الابن على الآخر

المسألة الثانية و الثالثة: أنه تحرم زوجة كل من الأب و الابن على الآخر فصاعداً في الأول و نازلاً في الثاني تحريماً أبدياً مطلقاً؛ أي سواء كانت الزوجة صغيرة أم كبيرة، نسباً كان أو رضاعاً، دواماً كان العقد أم متعة، تكونا مدخولين أم لم تكن كذلك. و هذا ممّا لا

خلاف فيه بين الفقهاء «٣»، بل لا يبعد أن يكون من ضروريات الدين؛ فإنه لم ينسب إلى أحدٍ من المسلمين القول بجوازه، بل لم ينسب جوازه إلى غير المسلمين عدا ما نسب إلى المجوس. نعم، كان الرجل يستحلّ زوجته أبيه في الجاهلية، إلا أنه لم يكن بعنوان الدين. وبالجملة: فالحكم لوضوحه لا يحتاج إلى الدليل، على أن الأدلة من الكتاب و السنة و الإجماعات كثيرة جداً. أما من الكتاب: فقوله - تعالى -: (وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ) «٤»

(١) مجمع المسائل ٢: ١٤٣.

(٢) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٢٣.

(٣) المقنعة: ٥٠٢، النهاية للطوسى: ٤٥١، الكافي لأبي الصلاح: ٢٨٦، غنية النزوع: ٣٣٧، المراسم العلوية: ١٥١، السرائر ٢: ٥٢٣، المهذب للقاضي ٢: ١٨٢، شرائع الإسلام ٢: ٢٨٧، المختصر النافع: ٢٠٢، قواعد الأحكام ٣: ٣٠، إرشاد الأذهان ٢: ٢١، جامع المقاصد ١٢: ٢٩٩، رياض المسائل ٦: ٤٥٧، مسالك الأفهام ٧: ٢٨٣، الروضة البهية ٥: ١٧٦، الحدائق الناضرة ٢٣: ٤٤٧ - ٤٤٨، جواهر الكلام ٢٩: ٣٥٠، نهاية المرام ١: ١٣٠، مستند الشيعة ١٦: ٣٠٠، مستمسك العروة الوثقى ١٤: ١٧٨، مستند العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٣١٦ العروة الوثقى مع التعليقات ٥: ٥٤٢، تحرير الوسيلة ٢: ٢٦٣ القول في المصاهرة مسألة ١، تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٢٣.

(٤) سورة النساء ٤: ٢٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٧

فإن الظاهر من النكاح لا سيما إذا كان متعلقاً للنهي هو مطلق التزويج الشامل لمجرد العقد أيضاً، وقوله تعالى: (وَ حَلَائِلُ أَبْتَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ) «١».

و أما من السنة فالنصوص الواردة في المقام إن لم تكن متظافرة فلا أقل من أنها كثيرة جداً.

منها: صحيحة

محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام أنه قال: «لو لم تحرم على الناس أزواج النبي صلى الله عليه وآله وسلم لقول الله - عز و جل: (وَمَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللَّهِ وَلَا أَنْ تُنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَدًا) «... ٢» حرمن على الحسن و الحسين بقول الله - عز و جل: - (وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ). و لا يصلح للرجل أن ينكح امرأة جدّه «٣».

و منها: موثقة

زرارة قال: قال أبو جعفر عليه السلام في حديث: «و إذا تزوج الرجل امرأة تزويجاً حلالاً فلا تحلّ تلك المرأة لأبيه و لا لابنه» «٤».

و كذا خبر محمد بن مسلم، و صحيحة الحلبي، و معتبرة عمرو بن أبي المقدم «٥»، إلى غيرها من النصوص الدالة صريحاً في عدم الجواز «٦».

و أما الإجماع، فادّعاءه في جامع المقاصد و الرياض و غيرها «٧».

و في نهاية المرام: «هذه الأحكام مجمع عليها بين المسلمين، فلا حاجة إلى التنازع بأدلتها». و كذا في الجواهر و مستند الشيعة «٨». و في تفصيل الشريعة:

(١) سورة النساء ٤: ٢٣.

(٢) سورة الأحزاب ٣٣: ٥٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ٣١٢ الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

- (٤) نفس المصدر و الباب، ح ٢.
 (٥) نفس المصدر و الباب، ح ٨.
 (٦) نفس المصدر و الباب أحاديث ٥ و ٦ و ٧ و ٩ و ١٠ و ١١.
 (٧) جامع المقاصد ١٢: ٢٩٩، رياض المسائل ٦: ٤٥٧.
 (٨) نهاية المرام ١: ١٣٠، مستند الشيعة ١٦: ٣٠٠، جواهر الكلام ٢٩: ٣٥٠.
 موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٨
 «و هذه المسألة مسلّمة» (١).

و الحاصل: أنّ هذا الحكم ممّا لا إشكال فيه إجماعاً و كتاباً و سنّة، بل إنّ هذا من ضروريّات الإسلام، فكان ممّا اتّفق عليه المذاهب المختلفة من الخاصّة و العامّة «٢» فلا نطيل فيه الكلام.

- (١) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢١٨.
 (٢) بدائع الصنائع ٢: ٥٣٥، المبسوط للسرخسي ٤: ٢٠٠-٢٠١، الكافي في فقه أحمد ٣: ٢٨، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥: ١١٣-١١٤.
 موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٩

المبحث الرابع: عدم جواز وطء الزوجة قبل التسع

إشارة

و فيه مطالب:

المطلب الأول: حرمة وطء الزوجة قبل التسع

لا خلاف بين الفقهاء في أنّه يحرم وطء الزوجة الصغيرة قبل إكمال التسع؛ سواء كانت دائمة أو متمتعة بها «١». قال في تحرير الوسيلة:
 «لا يجوز وطء الزوجة قبل إكمال تسع سنين دواماً كان النكاح أو منقطعاً» «٢». و كذا في تفصيل الشريعة «٣»
 و تدلّ عليه امور:
 الأوّل: الإجماع الذي ادّعاه السيوري «٤» و المحدث الكاشاني «٥» و الفاضل الاصفهاني «٦».
 و قال في الجواهر: «لا يحلّ وطء الزوجة حتّى تبلغ تسع سنين إجماعاً بقسميه» «٧».
 و الظاهر أنّ هذا الإجماع لا يكون دليلاً مستقلاً بل يكون مدرّكها النصوص التي سنذكرها.

- (١) جامع المقاصد ١٢: ٣٣٠، الحدائق الناضرة ٢٣: ٦٠٧، مسالك الأفهام ٧: ٦٧، نهاية المرام ١: ٦٠، كتاب النكاح، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٧٤.
 (٢) تحرير الوسيلة ٢: ٢٣٠ مسألة ١٢.
 (٣) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٣.
 (٤) التنقيح الرائع ٣: ٢٥.

(٥) مفاتيح الشرائع ٢: ٢٩٠.

(٦) كشف اللثام ٧: ١٩٢.

(٧) جواهر الكلام ٢٩: ٤١٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٠

الثانى: النصوص، و هى العمدة:

منها: صحيحه الحلبي،

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال: «إذا تزوج الرجل الجارية و هى صغيرة فلا يدخل بها حتى يأتى لها تسع سنين» «١».

و دلالتها ظاهرة.

و منها: موثقة

زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لا يدخل بالجارية حتى يأتى لها تسع سنين أو عشر سنين» «٢».

و مثلها معتبرة أبي بصير «٣». و كلمة عشر سنين تحمل على الاستحباب؛ لأن التردد فى الحد أمر غير معقول، فلا بد من حمل الثانى

على الأفضلية، كما قال به السيد الخوئى «٤».

و فى الحدائق: «لعل المراد «٥» بالترديد لاختلافهن فى كبر الجثة و صغرها و قوة

(١) وسائل الشيعة ١٤: ٧٠ الباب ٤٥ من أبواب مقدمات النكاح، ح ١.

(٢) نفس المصدر و الباب، ح ٢.

(٣) نفس المصدر و الباب ح ٤.

(٤) مستند العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ١٥٢.

(٥) لا يبعد صحة ما ذهب إليه صاحب الحدائق، فإن التردد فى الامور غير التعبدية ممكن من جهة التنوع بين الامور و المصاديق

الواقعية. و بعبارة اخرى: إذا كان التردد راجعاً إلى التنوع فلا بأس به حتى فى كلام الإمام عليه السلام. هذا، و لو سلمنا عدم التردد

من الإمام عليه السلام، و قلنا بتعيين التسع من جهة كون هذا ملاكاً للبلوغ فيها، فالسؤال التى تذكر أنه هل هذا الحد من الامور التعبدية

المولوية، أم لا بل كان إرشاداً إلى حد يكون عادةً قابلاً لإمكان الوطء؟ و الظاهر الثانى، فإذا علمنا بعدم إمكان وطء الزوجة التى

بلغت عشرًا مثلاً، فلا يقول أحد من الفقهاء بجواز وطئها حتى فى البالغة الرشيدة التى لأجل مرض أو عارض لا تصلح للوطء.

فالظاهر أن التسع يكون حدًا عرفياً لهذا الأمر، و المتبع فى ذلك الرجوع إلى كل زوجة بحسب حالها، و لا يخفى عليك عدم وجود

الملازمة بين البلوغ الشرعى و إمكان الوطء. نعم، إذا قلنا بوجود الملازمة فالأمر يختلف عمّا قلناه، و كيف كان يحتاج هذا البحث إلى

تأمل قوى. م ج ف.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦١

البنية و ضعفها «١» و لكن نقل الصدوق هذه الرواية بطريق موثق، و فى ذيلها «و قال: أنا سمعته يقول: تسع أو عشر» «٢» فالترديد من

الراوى لا من الإمام.

قال فى تفصيل الشريعة: «و من الواضح أن التردد ليس من الإمام عليه السلام، بل من الراوى» «٣».

و منها: خبر

عَمَّار السجستاني قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول لمولى له: انطلق فقل للقاضى: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: «حدّ

المرأة أن يدخل بها على زوجها ابنة تسع سنين» «٤».

المطلب الثاني: حكم الدخول بالزوجة قبل التسع

اختلف الفقهاء فى أنه إذا دخل الزوج بالزوجة الصغيرة قبل التسع من غير أن يكون إفضاءً لها، على قولين: الأول: أنه تحرم بذلك مؤبداً، كما هو الظاهر من كلام الشيخ رحمه الله فى التهذيب حيث قال: «و من تزوج بصبيته فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فُرّق بينهما و لم تحلّ له أبداً» (٥) و كذا فى النهاية (٦). و نسب فى نهاية المرام إلى الشيخين (٧). و استدللّ عليه فى التهذيب بما رواه

□

يعقوب بن يزيد، عن بعض أصحابنا، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع

(١) الحدائق الناضرة ٢٣: ٩١.

(٢) الخصال ٢: ٤٢٠.

(٣) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٤.

(٤) وسائل الشيعة ١٤: ٧٠ الباب ٤٥ من أبواب مقدمات النكاح، ح ٣.

(٥) تهذيب الاحكام ٧: ٣١١.

(٦) النهاية للطوسى: ٤٥٣.

(٧) نهاية المرام: ١ / ٦١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٢

سنين فُرّق بينهما و لم تحلّ له ابداً» (١)

و دلالتها واضحة.

نقول: ظاهر قوله عليه السلام:

«فُرّق بينهما»

هو التفرقة فى الوطء فقط دون بينونة العقد و انفساخه بدون الطلاق، كما قال فى نكت النهاية (٢)، و لعلّ هذا هو المقصود منه فى كلام الشيخ أيضاً.

قال فى السرائر: «و معنى قول الشيخ: «فُرّق بينهما» أى فى الوطء دون بينونة العقد و انفساخه؛ لإجماع أصحابنا على أن من دخل بامرأة و وطأها و لها دون تسع سنين، و أراد طلاقها طلقها على كلّ حال، و لا عدّة عليها بعد الطلاق، فإذا كانت قد بانت بوطئه لها قبل بلوغ التسع فلا حاجة إلى طلاقها» (٣). و به قال فى المختلف (٤) و كذا فى التفصيل الشريعة (٥).

و لا- تنافى بين الحكمين: «بقاء العقد، و حرمة الوطء» و له نظائر فى الفقه، مثل باب الظهار و الإيلاء؛ فإنه قبل الكفارة و الرجوع إلى الحاكم لا يحلّ له وطؤها بغير خلاف، و هى زوجته و عقدها باقٍ، مضافاً إلى أن الرواية ضعيفة مرسله، فلا يمكن الاستناد إليها فى إثبات حكم المخالف للأصل.

القول الثانى: أنه لا تحرم مؤبداً إلّا مع الإفضاء.

و الإفضاء هو أن تصير مسلك البول و مسلك الحيض و هو مدخل الذكر واحداً، و هو المشهور بين الفقهاء، بل ظاهر الخلاف الإجماع عليه (٦).

و هذا الأمر خارج عن علم الفقه حتى يلزم الفقيه باستنباطها و صدور الرأى

- (١) تهذيب الأحكام ٧: ٣١١ ح ١٢٩٢، وسائل الشيعة ١٤: ٣٨١ الباب ٣٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ٢.
- (٢) النهاية و نكتها ٢: ٢٩٢.
- (٣) السرائر لابن إدريس ٢: ٠.
- (٤) مختلف الشيعة ٧: ٦٤.
- (٥) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٨.
- (٦) الخلاف ٤: ٣٩٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٣

فيها، بل إما أن ترجع إلى علم التشريح إن نظر إلى المعنى، و إما إلى علم اللغة إن نظر إلى الوضع اللغوي، فالفقيه يأخذه من هذين العلمين ثم يرتب عليه الحكم.

على كل حال، قال المحقق رحمه الله: و لو لم يُفضها لم تحرم على الأصح «١».

و هذا هو الأقوى، و هو قول أكثر الفقهاء، كالعلامة في بعض كتبه «٢»، و ابن فهد «٣» و الفاضل الآبي «٤» و السيوري «٥» و صاحب الجواهر «٦» و الشيخ الأعظم «٧»، و الشهيد «٨» و المحقق الثنائيان «٩»، و السيد صاحب المدارك «١٠» و فخر المحققين «١١». و كذا في كنز الفوائد «١٢».

و قال في تفصيل الشريعة: «إذا وطئ الزوجه قبل إكمال التسع و لم يتحقق الإفضاء لا يترتب عليه إلا مجرد الإثم» «١٣».

و تدلّ عليه أصالة بقاء الزوجية السليمة عما يصلح للمعارضه، و عدم الدليل على التحريم، سوى مرسله يعقوب بن يزيد التي استدلت بها الشيخ كما تقدم، و هي كما ترى ضعيفه بالإرسال و لم تنجر بعمل المشهور، فلا تنهض حجة في رفع اليد

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٠.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ٣٣.

(٣) المهذب البارع ٣: ٢١١ و ٢١٢.

(٤) كشف الرموز ٢: ١٠٩.

(٥) التنقيح الرائع ٣: ٢٦.

(٦) جواهر الكلام ٢٩: ٤١٨.

(٧) كتاب النكاح، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٧٤.

(٨) مسالك الأفهام ٧: ٦٧.

(٩) جامع المقاصد ١٢: ٣٣٠.

(١٠) نهاية المرام ١: ٦١.

(١١) إيضاح الفوائد ٣: ٧٦.

(١٢) كنز الفوائد للسيد الأعرجي ٢: ٣٦٧.

(١٣) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٤

عن الاصول القطعية الثابتة من حصول الحلية بعقد النكاح و الأصل بقاؤها، فلا بدّ من حملها على صورة الإفضاء التي لا خلاف في كونها سبباً للتحريم المؤبد مع بقاء الزوجية.

المطلب الثالث: عدم كون الإفضاء موجباً للبنونة

هل تبين الزوجة الصغيرة من الزوج بمجرد الإفضاء، و يفسخ العقد و لا- يحتاج إلى الطلاق، أو تبقى في حباله و لا- تبين منه إلّا بالطلاق، فيه قولان.

الأول: ما ذهب إليه ابن حمزة «١»، و اختاره المحقق الثاني، حيث قال: «و قول ابن حمزة ليس ببعيد» «٢»، و علّل بأنّ التحريم المؤبد ينافى النكاح بحيث لا- ينسجم القول بالتحريم مع بقاء الزوجية، و لأنّ التحريم المؤبد يمنع النكاح سابقاً فيبطله لاحقاً، كالرضاع و اللعان و القذف للزوجة الصماء ٣.

و أورد عليه الشيخ الأعظم بأنّ انحصار ثمره النكاح في حلّ الاستمتاع إنّما يوجب عدم جواز ابتداء النكاح على من يحرم مؤبداً، و لا يوجب إبطال نكاح الثابت سابقاً «٤».

الثاني: - و هو الأقوى- أنه تبقى في حباله و لا تبين منه إلّا بطلاق، صرح به ابن الجنيد كما في المختلف «٥»، و هو ظاهر كلام المفيد أيضاً «٦»، و قال ابن إدريس:

تحرم عليه مؤبداً و كان مختيراً بين إمساكها و تطليقها «٧»

(١) الوسيلة: ٢٩٢.

(٢) (٢ و ٣) جامع المقاصد ١٢: ٣٣٢.

(٤) كتاب النكاح، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٤٢٨.

(٥) مختلف الشيعة ٧: ٦٤.

(٦) المقنعة: ٧٤٧.

(٧) السرائر ٢: ٥٣٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٥

و تدلّ عليه أوّلاً: أصالة بقاء العقد الذي ثبت أوّلاً، و التحريم لأمرٍ عارض في «الإفضاء» لا يستلزم بطلان العقد. و ثانياً: النصوص الصريحة.

منها: صحيحة حمران عن أبي عبد الله عليه السلام، لأنّه قال في ذيلها

«و إن أمسكها و لم يُطلقها حتى تموت فلا شيء عليه» «١».

حيث تدلّ على أنّ له إمساكها و تطليقها، و هو يقتضى بقاء النكاح، و أنّه بمجرد الإفضاء لا يفسخ العقد بل يحتاج إلى الطلاق. و منها: خبر

بريد بن معاوية، قال عليه السلام: «... و إن أمسكها و لم يطلقها فلا شيء عليه، إن شاء أمسك و إن شاء طلق» «٢».

و يترتب على القولين في المقام امور:

أ- لو مات أحد الزوجين توارثا على الثاني دون الأول.

ب- لا يجوز له التزويج بأختها على الثاني دون الأول.

ج- يحرم عليه الخامسة لو كانت رابعة على الثاني دون الأول.

المطلب الرابع: وجوب الدية بالإفضاء

إشارة

يجب على الزوج إذا أفضى الزوجة الصغيرة، الدية؛ و هي دية النفس، ففي الحرّة نصف دية الرجل.
قال الصدوق رحمه الله: «ولا تتزوج» (٣) امرأة حتى تبلغ تسع سنين، فإن تزوّجتها

(١) وسائل الشيعة ١٤: ٣٨٠ الباب ٣٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

(٢) نفس المصدر و الباب ح ٣.

(٣) و الظاهر أنّ مراده الدخول كما في النصوص.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٦

قبل أن تبلغ تسع سنين فأصابها عيب فأنت ضامن» (١)، و المراد بالضمان هو الدية كما سيأتي. و كذا في النهاية (٢).

و قال المفيد: «و الرجل إذا جامع الصبيّة و لها دون تسع سنين فأفضاها كان عليه دية نفسها» (٣).

و في الجواهر: «فلا- إشكال بل و لا- خلاف معتدّ به في وجوب الدية بإفشاء الزوجة قبل بلوغها التسع، بل عن الشيخ في الخلاف

الإجماع عليه» (٤). (٥)

و تدلّ عليه النصوص المتضاربة، و هي على طائفتين:

الطائفة الاولى: تدلّ على ثبوت الدية على الزوج:

منها: صحيحة

حمران، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن رجل تزوّج جارية بكرًا لم تدرك، فلمّا دخل بها اقتضّها (٦) فأفضاها؟ فقال: «إن كان دخل بها حين دخل بها و لها تسع سنين فلا- شيء عليه، و إن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقلّ من ذلك بقليل حين اقتضّها؛ فإنّه قد أسدها و عطّلها على الأزواج، فعلى الإمام أن يغرمه ديتها، و إن أمسكها و لم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه» (٧)، و هي صريحة في ثبوت الدية. و أمّا ذيلها، فظاهر في أنّه إن وقع الصلح بينهما يماسكها إلى آخر عمرها فلا شيء عليه.

(١) المقنع: ٣٠٩.

(٢) النهاية للطوسى: ٤٨١.

(٣) المقنعة: ٧٤٧.

(٤) جواهر الكلام ٢٩: ٤٢٢.

(٥) الخلاف ٤: ٣٩٥ ج ٥: ٢٥٧.

(٦) «اقتض المرأة افرعها، ... و الاسم القضة بالكسر، و أخذ قضة أي عذرتها» لسان العرب ٥: ٢٧٥، «و العذرة: البكار» المعجم

الوسيط: ٥٩٠.

(٧) الفقيه ٣: ٢٧٢ ح ١٢٩٤، و وسائل الشيعة ١٤: ٣٨٠ الباب ٣٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٧

و منها: صحيحة

سليمان بن خالد- التي رواها المشايخ الثلاثة- قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام ... و سألته عن رجل وقع بجارية فأفضاها و كانت

إذا نزلت بتلك المنزلة لم تلد؟ فقال: «الدية كاملة» (١).

و دلالتها واضحة.

و منها: صحيحة التي ذكرها الصدوق رحمه الله «٢». و كذا خبر بريد بن معاوية المتقدم «٣».

الطائفة الثانية:

روايات تدلّ على ثبوت الضمان:

منها: صحيحة

□ الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «من وطئ امرأته قبل تسع سنين فأصابها عيبٌ فهو ضامنٌ» «٤».

و منها: موثقة

إسحاق بن عمّار، عن جعفر عليه السلام «أنّ عليّاً عليه السلام كان يقول: من وطئ امرأة من قبل أن يتم لها تسع سنين فأعنف ضمناً» «٥».

و منها: خبر

غيث بن إبراهيم عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليه السلام قال:

«لا توطأ جارية لأقلّ من عشر سنين، فإن فعل فعبيت فقد ضمّن» «٦».

و في الوسائل: «أقول: هذا محمول على استحباب التأخير، أو على الدخول في أول السنة العاشرة» «٧». و الظاهر أن المراد بالعيب هو الإفضاء؛ فإنّه لا عيب هنا

(١) الكافي ٧: ٣١٣ ح ١١، تهذيب الأحكام ١٠: ٢٤٨ ح ٩٨٠، الفقيه ٤: ١٠١ ح ٣٣٧، وسائل الشيعة ١٩: ٢٨٤ الباب ٩ من أبواب ديات المنافع، ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٢٥١ الباب ٢٦ من أبواب ديات الأعضاء ح ١.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ٣٨١ الباب ٣٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٣.

(٤) الخصال: ٤٢٠ ح ١٦، وسائل الشيعة ١٤: ٧١ الباب ٤٥ من أبواب مقدمات النكاح، ح ٥ و ٨.

(٥) وسائل الشيعة ١٩: ٢١٢ الباب ٤٤ من أبواب موجبات الضمان، ح ٤.

(٦) وسائل الشيعة ١٤: ٧١ الباب ٤٥ من أبواب مقدمات النكاح، ح ٧.

(٧) وسائل الشيعة ١٤: ٧١ الباب ٤٥ من أبواب مقدمات النكاح، ح ٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٨

سواه غالباً.

و منها: خبر

طلحة بن زيد، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليهم السلام قال:

«من تزوج بكرة فدخل بها في أقلّ من تسع سنين فعبيت ضمناً» «١».

ثم إن من ملاحظة تلك الصحاح المتقدمة في الطائفة الأولى يتضح المراد من الضمان في نصوص الطائفة الثانية، و أنّه هو الدية الكاملة؛ فإنّ هذه النصوص تكون مفسرة لها، و هو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف؛ لأنّه في ذيله «كان عليه ضمانها بديتها» «٢».

و كذلك الضمان و الأرش الواقعان في بعض كلمات الأصحاب يحملان على الدية «٣»، و لكن بإزاء هذه النصوص الصحيحة و

غيرها معتبرة

السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليهم السلام: «أن رجلاً أفضى امرأة فقومها قيمة الأمة الصحيحة و قيمتها مفضأة، ثم نظر ما بين ذلك فجعل من ديتها و أجبر الزوج على إمساكها» (٤).

و هذه المعتبرة تدل على الضمان بمقدار اختلاف قيمتها صحيحة و مفضأة، فتكون معارضة للصالح المتقدمة؛ حيث دلت على ضمانه بالدية الكاملة، و هذه لا تدل على الدية، بل على الأرش، و اللأزم حمل هذه الطائفة على التقيّة؛ لمخالفتها للنصوص الكثيرة التي كانت أصحّ سنداً منها، و موافقتها لبعض العامة كما ذكر ذلك

(١) وسائل الشيعة ١٤: ٧١ الباب ٤٥ من أبواب مقدمات النكاح، ح ٦.

(٢) الخلاف ٥: ٢٥٧.

(٣) قال ابن حمزة: «فإن جامعها و أفضاها حرم عليه وطؤها أبداً و وجب عليه شيان: الأرش و الإنفاق عليها». الوسيلة: ٣١٣، و قال الصدوق: «فإن تزوّجتها قبل أن تبلغ تسع سنين فأصابها عيب فأنت ضامن»، المقنع: ٣٠٩. و كذا في النهاية للطوسي: ٤٨١.

(٤) الوسائل ١٩: ٢١٢ الباب ٤٤ من أبواب موجبات الضمان، ح ٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٩

في الاستبصار (١). و أيضاً ظاهر معتبرة السكوني في الكبيرة؛ حيث قال:

«أفضى امرأة»

و المرأة ظاهرة في البالغة.

المطلب الخامس: وجوب نفقتها على الزوج

يجب على الزوج إذا أفضى زوجته الصغيرة نفقتها ما دامت حيّة.

قال ابن حمزة: «فإن جامعها و أفضاها حرم عليه وطؤها أبداً، و وجب عليه شيان: الأرش و الإنفاق عليها مدّة حياتها» (٢).

و به قال ابن سعيد (٣). و هذا الحكم في الجملة محلّ وفاق، و لم ينقل فيه الخلاف عن أحد، و ظاهر كلام الشيخ في الخلاف إجماع الفرقة عليه (٤).

و يدل على هذا الحكم أيضاً صحيح

الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوّج جارية فوق وقع بها فأفضاها؟ قال: «عليه الإجراء عليها، ما دامت حيّة» (٥).

و المراد بالإجراء، إجراء النفقة عليها. قال في تفصيل الشريعة: «الظاهر وجوب الإنفاق عليها و إن طلقها، بل و إن تزوّجت بعد الطلاق لصحيحة الحلبي...»

فإن مقتضى إطلاق السؤال و ترك الاستفصال في الجواب عدم الفرق بين صورة الطلاق و عدمه، و في الصورة الأولى بين ما إذا تزوّجت بعده أم لا، خصوصاً مع التعبير ب

ما دامت حيّة» (٦).

(١) الاستبصار ٤: ٢٩٥.

(٢) الوسيلة: ٣١٣.

(٣) الجامع للشرائع: ٤٢٨.

(٤) الخلاف ٤: ٣٩٥.

(٥) وسائل الشيعة ١٩: ٢١٢ الباب ٤٤ من أبواب موجبات الضمان، ح ٢.

(٦) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٧٠.

المطلب السادس: وجوب المهر لها

يجب على الزوج إذا أفضى زوجته الصغيرة المهر لها؛ لإطلاق ما دلّ على وجوبه الشامل للمقام أيضاً. و اعلم أن المهر فى المفوضة حكمه فى غيرها، و إنما تعرّض الفقهاء هنا لئلا يتوهم دخوله فى الدية.

المطلب السابع: جواز وطئها لو اندمل الموضع**إشارة**

لو اندمل الموضع بعد الإفشاء و صلح للوطء يحتل التحريم؛ للاستصحاب على القول بجريانه فى الأحكام الكليّة الإلهيّة؛ لأنه قد حُكِمَ بالتحريم للإفشاء، و الأصل بقاءه، اختاره الفاضل المقداد «١» و صاحب الجواهر «٢». و يحتل عود الحِلِّ لزوال سبب التحريم فيزول مسببه، حكاها فى كشف اللثام قولاً فى موضع منه و حَكَمَ بالحلّ فى موضع آخر «٣». و الظاهر أنه ليس «٤» ببعيد؛ لأنه بعد الاندمال لا دليل على حرمة، و أيضاً قد تبدل الموضوع فلا يجرى الاستصحاب، مضافاً إلى أن جواز وطئها حقّ طبيعى لها، و لا دليل على حرمة إلا إفضاؤها، و الفرض أنه صارت صحيحة بعد اندمال الموضع فيجوز إلا أن يقال بأن جواز الوطء مخالف لإطلاق رواية يعقوب بن يزيد المتقدمة «٥». و قد تقدّم أنها ضعيفة مرسله، و الله هو العالم بحكمه.

(١) التنقيح الرائع ٣: ٢٧.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٤٢٤.

(٣) كشف اللثام ٧: ١٩٣.

(٤) و لا يخفى أن الذهاب إلى الحرمة الأبدية فى صورة الإفشاء لا يلائم مع القول بجواز الوطء. م ج ف.

(٥) وسائل الشيعة: ١٤ / ٣٨١، الباب ٣٤، من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٧١.

آراء فقهاء أهل السنة فى جواز وطء الصغيرة قبل التسع**إشارة**

يستفاد من كلماتهم فى باب النفقة و المهر و الدية أنه إذا كانت الزوجة صغيرة تطيق الوطء و تحملت الرجل يجوز وطؤها، و لنشير إلى شطرٍ من كلماتهم.

أ- الحنفية

قال ابن عابدين: «تجب نفقة الزوج على زوجها... و لو كانت صغيرة تطيق الوطء، فإن السمينه الضخمه تحتمل الجماع و لو كانت صغيرة السن» (١).

و قال فى باب المهر: «لأبى الصغيرة المطالبة بالمهر، و للزوج المطالبة بتسليمها إن تحملت الرجل» (٢).
فظاهر كلامه يدل على جواز وطء الصغيرة بشرط إطاقتها الوطء.

ب- المالكية

قالوا: و من شرائط وجوب النفقة إطاقه الزوجه للوطء، و لا يشترط فيها البلوغ (٣).
و فى المدونة الكبرى: «قلت: أ رأيت الصبيّة الصغيرة التى لم تحصن و مثلها

(١) الدر المختار ٣: ٥٧٢-٥٧٤.

(٢) المصدر نفسه ٣: ١٦١.

(٣) المغنى ٩: ٢٨١-٢٨٤، الكافى فى فقه أحمد ٣: ٢٢٨، كشف القناع ٥: ٥٥٣، الإقناع ٤: ١٤٢، الإنصاف ٩: ٣٩٤-٣٧٧.
موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٧٢
يجامع إذا تزوجها فدخل بها و جامعها، أ يكون ذلك إحصاناً فى قول مالك أم لا؟
قال: نعم، تحصنه و لا يحصنها» (١).

ج- الحنابلة

قال ابن قدامة المقدسى: «فإن كانت صغيرة لا تحتمل الوطء فلا نفقة لها...
قال الشافعى: لو قيل لها النفقة كان مذهباً... لأن تعذر الوطء لم يكن بفعالها، فلم يمنع وجوب النفقة لها كالمرض» (٢).
و قال الخرقى فى باب وجوب النفقة: بل القدرة على ذلك، أى على التمكين، فإن كانت صغيرة لا تحتمل الوطء فلا نفقة لها (٣).
فالمفهوم من كلامه أنه إذا أطاقت الوطء يجوز و إن كان قبل تسع سنين.

د- الشافعية

قال الشافعى: «إذا ملك الرجل عقده المرأة يجامع مثلها، و إن لم تكن بالغه فخلت بينه و بين الدخول عليها، أو خلّى أهلها فيما بينه و بين ذلك... و جب عليه نفقتها» (٤).
و الحاصل: أن الحكم بوجوب النفقة على الزوجه الصغيرة دليل على جواز وطئها؛ لأن وجوب النفقة عندهم مشروط بتمكين الزوجه، كما سيأتى البحث عنه قريباً.

(١) المدونة الكبرى ٢: ٢٨٦.

(٢) المغنى ٩: ٢٨١، الشرح الكبير ٩: ٢٥٢-٢٥٣.

(٣) المحرر فى الفقه ٢: ١١٥، الإقناع ٤: ١٤٢، كشاف القناع ٥: ٥٥٢-٥٥٣.

(٤) الامم ٥: ٨٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٧٣

المبحث الخامس: حكم نفقة الزوجة الصغيرة

إشارة

منهج البحث:

للزوجين بالنسبة إلى وجوب النفقة و عدمه أربع حالاتٍ؛ لأنهما إما أن يكونا كبيرين، و إما أن يكونا صغيرين. و إما أن يكون الزوج كبيراً و الزوجة صغيرة، و إما عكس ذلك.

[للزوجين بالنسبة إلى وجوب النفقة و عدمه أربع حالاتٍ]

أما الأولى: فمخرج عن مورد بحثنا الآن

؛ لأن المقصود من طرح هذا المبحث بيان المسائل التي ترتبط بنفقة الصغيرة.

و أما الثانية: فيظهر حكمها ممّا يأتي البحث في الحالة الثالثة و الرابعة.

و أما الثالثة: و هي ما إذا كان الزوج كبيراً و الزوجة صغيرة

إشارة

، فنقول: لا- خلاف بين الفقهاء في أنه يشترط في وجوب نفقة الزوجة أن يكون العقد دائماً، فلا نفقة لذات العقد المنقطع إجماعاً بقسميه «١». و هل يشترط في وجوب النفقة التمكين «٢» الكامل و عدم النشوز حتى لا يجب على الزوج نفقة زوجته الصغيرة؛ لعدم إمكان التمكين شرعاً في حقها، أو لا يشترط في وجوبها ذلك، بل يمكن أن يجب النفقة على الزوج و

لو كانت الزوجة صغيرة؟ قولان:

إشارة

الأول: أن وجوب النفقة مشروط بتمكين الزوجة و عدم نشوزها.

الثاني: عقد النكاح بذاته يقتضى النفقة.

(١) جواهر الكلام ٣١: ٣٠٣، نهاية المرام ١: ٤٧٤، قواعد الأحكام ٣: ١٠٣، رياض المسائل ٧: ٢٥٦.

(٢) عرّفه المحقق بأنه التخليّة بينها و بينه، بحيث لا تختصّ موضعاً و لا وقتاً، فلو بذلت نفسها في زمانٍ دون زمانٍ، أو مكانٍ دون مكانٍ

آخر ممّا يسوغ فيه الاستمتاع لم يحصل التمكين، شرائع الإسلام ٢: ٣٤٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٧٤

[القول] كون وجوب النفقة، مشروطاً بالتمكين الكامل

إشارة

القول الأول: ما ذهب إليه المشهور- وهو الأقوى- أنّ وجوب نفقة الزوجة الكبيرة مشروط بالتمكين الكامل. قال الشيخ رحمه الله في الخلاف: «إذا كان الزوج كبيراً و الزوجة صغيرة لا يجمع مثلها لا نفقة لها» (١). و في المبسوط: «لأنّ النفقة في مقابلة التمكين من الاستمتاع» (٢). و في النهاية: «فإن امتنعت بعد استيفاء المهر كانت ناشزاً، و لم يكن لها عليه نفقة» (٣). و قال سَلَّار: «و إنّما تجب النفقة إذا مكّنت المرأة من نفسها، فإن امتنعت فلا نفقة لها» (٤)، و به قال القاضي ابن البرّاج (٥) و ابن حمزة (٦) و الكيدري (٧) و ابن سعيد الحلّي (٨). و اختاره الفاضلان (٩) أيضاً بعد الترييد و الإشكال. قال في الجواهر- بعد نقل كلامهما-: «و ظاهرهما أو صريحهما بعد التأمل الجيد في كلاهما أنّه لا كلام في اعتبار التمكين الذي هو ضدّ النشوز، و لا يتحقّق عدم النشوز إلّا بالتمكين» (١٠).

(١) الخلاف ٥: ١١٣.

(٢) المبسوط للطوسي ٤: ٣١٥.

(٣) النهاية: ٤٧٥.

(٤) المراسم العلوية: ١٥٦.

(٥) المهذب ٢: ٣٤٧.

(٦) الوسيلة: ٢٨٥.

(٧) إصباح الشيعة: ٤٤٥.

(٨) الجامع للشرائع: ٤٨٧.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٣٤٧، قواعد الأحكام ٣: ١٠٣.

(١٠) جواهر الكلام ٣١: ٣٠٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٧٥

و في الرياض: «اشتراط التمكين هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد أن يكون إجماعاً» (١)، و هكذا في الروضة، حيث قال: «فلا نفقة للصغيرة التي لم تبلغ سنّاً يجوز الاستمتاع بها بالجماع على أشهر القولين، لفقد الشرط؛ و هو التمكين من الاستمتاع» (٢). و قال به أيضاً الشيخ الأعظم و أضاف «بأنّه تسقط النفقة بصغر الزوجة بحيث يحرم وطؤها» (٣). و قال الإمام الخميني قدس سره: «الظاهر أنّه لا نفقة للزوجة الصغيرة غير القابلة للاستمتاع منها على زوجها، خصوصاً إذا كان صغيراً غير قابل للتمتع و التلذذ» (٤). و قال الشيخ الفقيه الفاضل اللكراني بالتفصيل بين الصغيرة التي يمكن الالتذاذ و الاستمتاع بها و لو باللمس و النظر، فتجب نفقتها. و بين ما إذا كانت صغيرة جداً بحيث لا يترتب على لمسها و النظر بها التلذذ أصلاً، فلا تجب نفقتها» (٥).

أدلة اشتراط وجوب النفقة بالتمكين

ما استدللّ أو يمكن أن يستدلّ به لاشتراط وجوب النفقة بتمكين الزوجة للزوج امور:

الأول: أن الله - تعالى - أمر بالمعاشرة بالمعروف: (وَلَعَّاشٍ وَمُهَنِّ بِالْمَعْرُوفِ) «٦»

(١) رياض المسائل ٧: ٢٥٦.

(٢) الروضة البهية ٥: ٤٦٥.

(٣) كتاب النكاح ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٤٨٦.

(٤) تحرير الوسيلة ٢: ٢٩٨ فصل في النفقات، مسألة ٤.

(٥) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٥٧٣.

(٦) سورة النساء ٤: ١٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٧٦

و الإمساك بالمعروف: (فَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْ مَجْهُورَةٍ فَأَنْزِلْهُمْ) «١» و هما لا تقتضيان النفقة مع عدم التمكين عرفاً. وفيه: أن الدليل لا ينحصر في هاتين الآيتين؛ فإن مقتضى قوله تعالى: (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ) «٢» وقوله: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ) «٣» على البيان الذي تقدم في ذيل القول الأول، وهكذا، فإن مقتضى صحيح الفضيل «٤» المتقدم وجوب الإنفاق على الإطلاق.

الثاني: أن المهر يجب بالعقد، و هو لا يوجب عوضين مختلفين.

الثالث: أن النفقة مجهولة الجملة، و العقد لا يوجب مالاً مجهولاً.

وقد أورد على هذين الوجهين في المسالك، بأن «عدم إيجاب العقد عوضين مختلفين، و عدم إيجابه مالاً مجهولاً مجرد دعوى أو استبعاداً قد دلّ الدليل على خلافهما؛ فإن الآيات الدالة على وجوب الإنفاق على الزوجة من غير تقييد تدلّ على أن العقد أوجب النفقة على ذلك الوجه، و أي مانع من إيجاب العقد أمرين مختلفين كما في شراء الدابة و المملوك؟ فإن العقد يوجب الثمن كالمهر و يوجب الإنفاق المجهول من غير شرط إجماعاً» «٥».

و الحاصل: أنه ليست النفقة من الأعواض الواجبة بالعقد، و إنما العقد أفاد كونها زوجة له و الشارع أثبت النفقة للزوجة.

الرابع: ما روى أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم تزوج و دخل بعد سنتين، و لم ينفق إلّا

(١) سورة الطلاق ٦٥: ٢.

(٢) سورة البقرة ٢: ٢٣٣.

(٣) سورة النساء ٤: ٣٤.

(٤) وسائل الشيعة ١٥: ٢٢٣ الباب ١ من أبواب النفقات، ح ١.

(٥) مسالك الأفهام ٨: ٤٤١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٧٧

بعد دخوله «١».

وفيه: أنه لم يثبت ذلك.

الخامس:

ما روى عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم، أنه قال: «اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ؛ فَإِنَّهُنَّ عَوَارِعٌ عِنْدَكُمْ، اتَّخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ، وَ اسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ... وَ لِهِنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَ كَسَوْتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» «٢».

بتقريب: أن وجوب الإنفاق مشروط بكون الزوجة في اختيار الزوج كالعارية في يد المستعير؛ فإنه صلى الله عليه وآله وسلم أوجب الإنفاق من الرزق والكسوة إذا كُنَّ عند الرجل، وهو يدلُّ على التمكين. وفيه: أن السند ضعيف، فلا مجال لملاحظة الدلالة.

السادس: أن مقتضى الأصل البراءة عن وجوب النفقة، وإتّما نخرج من مقتضى الأصل في صورة التمكين، فيبقى الباقي غير واجب، و قد اعترف في كشف اللثام بضعف الأدلة عدا الأصل، فقال: «و إن ضعفت أدلته غير الأصل فهو يكفيننا؛ فإن أدلة الوجوب مجملة، فيقتصر من مدلولها على موضع اليقين» (٣).

و لكن قال في المسالك: «و أما أصالة البراءة فإنّما تكون حجة مع عدم دليل ناقلٍ عنه، لكنّه موجود هنا بالعمومات الدالة على وجوب نفقة الأزواج، و الأصل عدم التخصيص» (٤).

السابع: السيرة العملية؛ لأنّ السيرة جارية على عدم الإنفاق في صورة عدم التمكين.

(١) المغنى ٩: ٢٨٢، الحاوى الكبير ١٥: ٢٩.

(٢) السنن الكبرى ٥: ٨ / وج ١١ / ١٥٦، سنن ابن ماجه ٣: ٥٠٤، ح ٣٠٧٤.

(٣) كشف اللثام ٧: ٥٥٨.

(٤) مسالك الأفهام ٨: ٤٤٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٧٨

و فيه: أوّلًا: الإشكال في تحقّق السيرة من المتشرّعة كذلك.

و ثانيًا: على فرض تحقّقها يكون الإيراد في اتصالها إلى زمان المعصوم عليه السلام.

الثامن: أن مقتضى أصالة احترام المال و العمل التي هي من أهمّ الاصول النظامية العقلية، أن يكون بذل المال بعوضٍ مطلقاً إلّا ما خرج بالدليل المعتمد، و هذا يشهد بأنّ الإنفاق من الزوج لا- بدّ أن يكون بإزاء استفادته منها، و بعد إلغاء الشارع عوضية سائر الاستفادات غير التمكين يتعيّن ذلك، أشار إلى هذا الوجه السيّد السبزواري (١).

و فيه: أنّه على فرض قبول جريان هذا الوجه بالنسبة إلى الزوجة الكبيرة لا يجرى بالنسبة إلى الزوجة الصغيرة، كما سيأتى إن شاء الله.

التاسع: الإجماع، كما ادّعه في الجواهر و الرياض (٢) و مهذب الأحكام (٣).

قال في الجواهر: «و كيف كان، فغاية ما ذكره دليلاً لذلك، أن اشتراط هذا الشرط معروف بين الأصحاب، بل كاد يكون إجماعاً، مع أنّنا لم نقف على مخالفٍ فيه صريحاً و لا ظاهراً إلّا ما ربما يستفاد من تردّد المصنّف و استشكال الفاضل في القواعد، و هو بمجرد لا يوجب المخالفة مع تصريح الأوّل بأنّ اعتباره هو الأظهر بين الأصحاب بكلمة الجمع المفيد للعموم الظاهر في الإجماع، إلى آخر كلامه زيد في علوّ مقامه» (٤).

نقول:

مضافاً إلى مخالفة بعض الفقهاء الذين سنذكرهم قريباً- إنّ في تحقّق الإجماع التعبدي الكاشف عن رأى المعصوم عليه السلام تردّداً؛ لأنّه قد استند المجمعون إلى الوجوه

(١) مهذب الأحكام ٢٥: ٢٩٠.

(٢) رياض المسائل ٧: ٢٥٦، جواهر الكلام ٣١: ٣٠٤.

(٣) مهذب الأحكام ٢٥: ٢٨٨.

(٤) جواهر الكلام ٣١: ٣٠٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٧٩

التي ذكرناها و غيرها، فيكون الإجماع مدركيًا.

مع أنه على فرض تحقّقه يكون دليلًا لثبوتها، و القدر المتيقّن منه الزوجة الكبيرة، و أما الزوجة الصغيرة فلا تكون داخله في معقد الإجماع «١».

العاشر: أن اشتراط التمكين لوجوب النفقة كان مقتضى المرتكزات؛ لأنّ المغروس في أذهان العرفيّة و منهم المتشرّعه هو شرطية التمكين لوجوب النفقة.

و فيه: ما قلنا جواباً عن السيرة.

الحادى عشر: - و هو العمدة- النصوص المشتملة على بيان حقّ الزوج على المرأة، و كون النشوز مسقطاً لوجوب النفقة:

منها: صحيحة

□ □
محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه و آله و سلم فقالت: يا رسول الله: ما حقّ الزوج على المرأة؟ فقال لها: أن تطيعه و لا- تعصيه، و لا تصدق من بيته إلّا بإذنه، و لا تصوم تطوعاً إلّا بإذنه، و لا تمنعه نفسها و إن كانت على ظهر قتب، و لا تخرج من بيتها إلّا بإذنه، □□ إن خرجت بغير إذنه لعنتها ملائكة السماء و ملائكة الأرض و ملائكة الغضب و ملائكة الرحمة حتّى ترجع إلى بيتها. قالت: يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من أعظم الناس حقّاً على الرجل؟ قال: والده، قالت: فمن أعظم الناس حقّاً على المرأة؟ قال:

زوجها، قالت: فما لى عليه من الحقّ مثل ما له على؟ قال: لا، و لا من كلّ مائة واحدة»

الحديث «٢»

(١) إلّا أن يقال بعدم القول بالفصل بين الكبيرة و الصغيرة، فلا يتوهم أن النفقة ثابتة بالتمكين فى الكبيرة بخلاف الصغيرة؛ فإنّها ثابتة فيها بالعقد. هذا، مضافاً إلى أنّه إذا كان معقد الإجماع مطلقاً فلا وجه لأخذ القدر المتيقّن منه، فتدبر. م ج ف.

(٢) وسائل الشيعة ١٤: ١١٢ الباب ٧٩ من أبواب مقدمات النكاح، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٨٠

و منها:

□ □ □
خير العزرمى، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقالت: يا رسول الله ما حقّ الزوج على المرأة؟ فقال: أكثر من ذلك، قالت: فخبرنى عن شىء منه، قال: ليس لها أن تصوم إلّا بإذنه يعنى تطوعاً، و لا تخرج من بيتها بغير إذنه، و عليها أن تتطيب بأطيب طيبها، و تلبس أحسن ثيابها، و تزين بأحسن زينتها، و تعرض نفسها عليه غدوة و عشية، و أكثر من ذلك حقوقه عليها» «١».

و مثلها خبر أبى بصير و معتبرة على بن جعفر «٢».

و منها:

□ □
صحيحة أبى الصباح الكناني، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إذا صلّت المرأة خمسها و صامت شهرها و حجّت بيت ربّها و أطاعت زوجها و عرفت حقّ علىّ فلتدخل من أىّ أبواب الجنان شاءت» «٣».

و هذه النصوص و إن كانت خالية عن ذكر اعتبار ذلك فى النفقة، إلّا أنّه قد يستفاد ذلك ممّا دلّ على نشوزها و سقوط نفقتها بخروجها من بيتها بغير إذنه، كمعتبرة

السكونى. عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: أيما امرأة خرجت من بيتها بغير إذن زوجها فلا نفقة لها حتى ترجع» (٤).

على هذا يكون النشوز مسقطاً باعتبار تفويته الشرط الذى هو وجوب طاعتها و عرض نفسها عليه و عدم خروجها من بيته بغير إذنه؛ لأنّ الاستفادة من هذه النصوص و غيرها اعتبار الطاعة التى يكون عدمها نشوزاً فى وجوب الإنفاق، و التمكين لا يكاد ينفك عن عدم النشوز، لاتحاد مصداق المراد من مفهوم

(١) نفس المصدر و الباب، ح ٢.

(٢) نفس المصدر و الباب، ح ٣ و ٥.

(٣) نفس المصدر و الباب، ح ٤.

(٤) نفس المصدر ١٥: ٢٣٠ الباب ٦ من أبواب النفقات، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٨١

التمكين و عدم النشوز بالنسبة إلى وجوب الإنفاق.

قال الشهيد رحمه الله: «إن جعلنا النشوز مانعاً كان التمكين ملحوظاً فى تحقّق معناه» (١).

و الإنصاف أنّ هذه النصوص مع دلالتها على اعتبار الطاعة للزوج التى يكون عدمها نشوزاً- و هو مرادف مع التمكين- الذى لا يجب معه النفقة، لا تجرى فى الزوجة الصغيرة؛ لأنّ وجوب التمكين و عدم النشوز، و الطاعة للزوج يتوقّف على إمكانها، و بما أنّ الصغيرة لا يتمكّن منها شرعاً و عرفاً فلا معنى لجريانها فى حقّها (٢).

و بعبارة أخرى: مضمون هذه النصوص منصرف عن الزوجة الصغيرة، و لم تكن فى مقام بيان حكم نفقتها نفيّاً أو إثباتاً.

و الحاصل: أنّ الوجوه التى ذكرت فى اشتراط التمكين لوجوب نفقة الزوجة كلّها تنطبق على الزوجة الكبيرة، فلا يثبت معها اشتراط التمكين فى وجوب نفقة الصغيرة، و هو المطلوب.

[القول الثانى] اقتضاء عقد النكاح بذاته للنفقة

إشارة

القول الثانى: أنّه يستفاد من كلمات بعض الفقهاء الآخرين أنّ عقد النكاح بذاته يقتضى النفقة مطلقاً، أى سواء كان تمكين الزوجة للزوج ممكناً، مثل أن تكون الزوجة كبيرة، أم لا، مثل الفرض الذى كان البحث فيه.

(١) مسالك الأفهام ٨: ٤٤٠.

شيرازى، قدرت الله انصارى و پژوهشگران مركز فقهى ائمه اطهار عليهم ا، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ٤ جلد، مركز فقهى ائمه

اطهار عليهم السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٩ هـ ق موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها؛ ج ٢، ص: ٨١

(٢) و الظاهر إمكان تحقّق النشوز بالنسبة إلى الصغيرة، كالخروج من البيت من دون إذنه، و هذا يظهر سيّما بملاحظة إطلاق قول النبى صلى الله عليه وآله فى معتبره السكونى، حيث قال:

أيما امرأة

إلخ، و لا شكّ فى أنّ هذا الإطلاق يشمل الصغيرة. م ج ف.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٨٢

قال ابن إدريس: «و الأولى عندي أنّ على الكبير النفقة لزوجته الصغيرة، لعموم وجوب النفقة على الزوجة، و دخوله مع العلم بحالها، و هذه ليست ناشئة، و الإجماع منعقد على وجوب نفقة الزوجات» «١».

و جعله الشيخ قدس سره قولاً و لم يصححه، حيث قال: «فإن كان كبيراً و هى صغيرة لا يجمع مثلها، فهل عليه نفقتها أم لا؟ قيل فيه وجهان:

أحدهما: لها النفقة؛ لأنّ عقد النكاح يقتضى الإنفاق، فإذا تزوّج علم أنّه دخل على بصيرة من الإنفاق عليها» «٢».

و قال العلامة رحمه الله: «إنّما تجب النفقة بالعقد الدائم مع التمكين التام - إلى أن قال: - و هل تجب النفقة بالعقد بشرط عدم النشوز، أو بالتمكين؟ فيه إشكال» «٣».

و قال المحدّث البحرانى: إنّ المشهور لم يقيموا لتوقّف وجوب النفقة على التمكين دليلاً واضحاً و لا برهاناً لائحاً غير مجرد الدعوى، مع ظهور الأدلّة على خلافه، فالأظهر هو القول المخالف للمشهور، و هو ترتّب وجوب النفقة على مجرد الزوجيّة التى لا خلاف فى حصولها بمجرد العقد «٤».

و فى نهاية المرام: «و ربما قيل بوجوب النفقة بالعقد كالمهر» «٥»، و هو ظاهر كلام ابن زهرة أيضاً «٦».

و قال السيّد الخوئى رحمه الله: «و المشهور أنّ وجوب النفقة مشروط بعدم النشوز،

(١) السرائر ٢: ٦٥٥.

(٢) المبسوط ٤: ٣١٥.

(٣) قواعد الأحكام ٣: ١٠٣.

(٤) الحدائق الناضرة ٢٥: ٩٩ - ١٠٠.

(٥) نهاية المرام ١: ٤٧٤.

(٦) غنية النزوع: ٣٥٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٨٣

و هو التمرّد على الزوج بمنعه عن حقوقه، أو بفعل المنقرات له عنها و إن كان مثل سبّه و شتمه، و فيه إشكال «١»، و تبعه فى مبانى منهاج الصالحين «٢».

أدلّة هذا القول

إشارة

و ما يمكن أن يستدلّ به على وجوب النفقة بمجرد العقد، وجوه:

الأول: الآيات

منها: قوله - تعالى - : (وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) «٣».

قال القرطبى: (وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ) أى الزوج، و الأظهر أنّها فى الزوجات فى حال بقاء النكاح؛ لأنّهنّ المستحقّات للنفقة و الكسوة، و قوله - تعالى - : -

(بِالْمَعْرُوفِ)، أى بالمتعارف فى عرف الشرع من غير تفريط و لا إفراط «٤».

و منها: قوله- تعالى:- (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ) «٥».

قال الراوندى: «القوام على الغير هو المتكفل بأمره من نفقة و كسوة و غير ذلك» «٦».

و قال السيورى: «أى لهم عليهم قيام الولاية و السياسة، و علل ذلك بأمرين: أحدهما: موهبى من الله؛ و هو أن الله فضل الرجال عليهم بامور كثيرة: من كمال العقل، و حسن التدبير، و مزيد القوة ... و غير ذلك.

(١) منهاج الصالحين ٢: ٢٨٧.

(٢) مباني منهاج الصالحين ١٠: ٢٩٧.

(٣) سورة البقرة ٢: ٢٣٣.

(٤) الجامع لأحكام القرآن ٣: ١٦٠ و ١٦٣.

(٥) سورة النساء ٤: ٣٤.

(٦) فقه القرآن ٢: ١١٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٨٤

و ثانيهما: كسبى، و هو أنهم ينفقون عليهم و يعطون المهور ... و الباء فى (بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ) و فى قوله: (وَبِمَا أَنْفَقُوا) للسببية، و «ما» مصدرية- أى بسبب تفضيل الله و بسبب إنفاقهم» «١».

و منها: قوله- تعالى:- (لِيُنْفِقُ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَ مَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ) «٢».

فالظاهر منها أنه يجب القيام بما تحتاج إليه المرأة من إطعام و كسوة و إدام و إسكان تبعاً لعادة أمثالها.

و الحاصل: أن مقتضى الإطلاق المنعقد فى هذه الآيات الكريمة عدم تقييد النفقة بالتمكين، فنفقة الزوجة الصغيرة واجبة على الزوج بمقتضى الزوجية المتحققة بالعقد.

الثانى: الأخبار:

منها:

ما رواه الربعى بن عبد الله و الفضيل بن يسار جميعاً- فى الصحيح- عن أبى عبد الله عليه السلام، فى قوله تعالى: (وَمَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ) قال: «إن أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة، و إلا فزق بينهما» «٣».

و منها:

صحيحه أبى بصير- يعنى المرادى- قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول:

«من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها كان حقاً على الإمام أن يفرق بينهما» «٤».

(١) كنز العرفان فى فقه القرآن ٢: ٢١١-٢١٢.

(٢) سورة الطلاق ٦٥: ٧.

(٣) وسائل الشيعة ١٥: ٢٢٣، الباب ١ من أبواب النفقات، ح ١.

(٤) نفس المصدر و الباب، ح ٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٨٥

و منها:

موتقة إسحاق بن عمّار، أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن حقّ المرأة على زوجها؟ قال: «يشبع بطنها و يكسو جثتها، و إن جهلت غفر لها»
الحديث «١».

و كذا صحيحه جميل بن درّاج «٢» و صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج «٣» و ما رواه في العلل و الخصال «٤». فالمستفاد منها أنّ نفقة الزوجة على الزوج من غير تقييد بالتمكين، و إطلاقها يشمل صورة عدم إمكان التمكين و التي كانت زوجه صغيرة.

و بعبارة أخرى: هذه الأخبار تدلّ على وجوب النفقة على مجرد الزوجية التي لا خلاف في حصولها بانعقاد عقد النكاح. و هكذا تدلّ عليه

ما روى «أنّ هند امرأة أبي سفيان جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه و آله فقالت: إنّ أبا سفيان رجلٌ شحيح لا يعطيني ما يكفيني و ولدي إلّا ما آخذ منه سرّاً و هو لا يعلم، فهل عليّ في ذلك من شيء؟ فقال صلى الله عليه و آله: «خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف» «٥»،

و دلالتها كالتى قبلها ظاهرة.

و اجيب عن هذه الأدلة:

أولاً: بأنّها مخالفة للإجماع المحكّي، بل المقطوع به جداً كما ادّعه في الرياض و الجواهر «٦». و ثانياً: نشكّ في شمول إطلاقات هذه الأدلة لنفقة الزوجة الصغيرة إن لم يدع

(١) وسائل الشيعة ١٥: ٢٢٣ الباب ١ من أبواب النفقات، ح ٣.

(٢) نفس المصدر و الباب، ح ٤.

(٣) نفس المصدر ٦: ١٦٥ الباب ١٣ من أبواب المستحقين للزكاة، ح ١.

(٤) نفس المصدر و الباب، ح ٤.

(٥) صحيح البخارى ٨: ١٤٧ الرقم ٧١٨٠، كتاب الأحكام الباب ٢٨ الجزء الثامن، صحيح مسلم ٧: ٤٧١٦ الرقم ١٧١٤، مسند أحمد ٩:

٢٨٦ الرقم ٢٤١٧٢، سنن الدارمي ٢: ١١٠، سنن النسائي ٨: ٢٤٧.

(٦) رياض المسائل ٧: ٢٥٧، جواهر الكلام ٣١: ٣٠٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٨٦

ظهورها أو انصرافها إلى غير الزوجة الصغيرة.

بتعبير آخر: يمكن أن يُقال: هذه الأدلة لا تكون في مقام بيان حكم نفقة الزوجة الصغيرة، و لا يشمل إطلاقها هذا الفرض، و لعلّه إلى ما ذكر نظر الأبدال من الفقهاء فادّعى عدم النصّ الظاهر في العموم في هذا المقام.

و ثالثاً: يحتمل انصراف الأدلة عن ذلك، و عدم تبادل الإنفاق من دون التمكين.

و رابعاً: الظاهر من الأمر بالمعاشرة بالمعروف «١» اختصاص هذا الأمر بالإنفاق بما تقتضيه العادة، و ليس من مقتضياته وجوب الإنفاق إلّا بعد التمكين كما هو المشاهد من أهل العرف و العادة؛ فإنّهم ينكحون و يتزوجون من دون إنفاقٍ إلى الزفاف، مع عدم اختلاف من الزوجين و أهلها في المطالبة بالنفقة من طرف الزوجة و ردّها من ناحية الزوج، و ربما يؤخذ ذلك إجماعاً من المسلمين و يجعل مثله وفاقاً، بل و ربما يلحق بالضرورة القطعية «٢».

و خامساً: أنه خلاف الأصل؛ لأن الأصل الأولى براءة ذمّة الزوج من وجوب نفقة زوجته، خرج منه الإنفاق حال التمكين بالإجماع، فيبقى الباقي تحت الأصل «٣».

نقول: الأقرب بملاحظة ما ذكرنا من الأدلة أن يقال: إن العقد بذاته يقتضى وجوب النفقة، و النشوز و عدم التمكين مانع عنه اذا كانت الزوجة دخيلة في ذلك، و بما أن في مسألتنا هذه لا موضوع للنشوز و عدم التمكين؛ لعدم إمكانه شرعاً و عرفاً، و لا يتصور المانع، فيكون العقد سبباً منحصراً لوجوب النفقة، و لعلّه لأجل ذلك تردّد في الشرائع في توقّف النفقة على التمكين فقط، حيث قال: «و في وجوب

(١) سورة النساء ٤: الآية ١٩ «وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ».

(٢) رياض المسائل ٧: ٢٥٧، جواهر الكلام ٣١: ٣٠٤.

(٣) الروضة البهية ٥: ٤٦٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٨٧

النفقة بالعقد أو بالتمكين تردّد «١». و قال الشهيد الثانى فى شرحه: «و لا ريب فى أنّ للنفقة تعلقاً بالعقد و التمكين جميعاً» «٢». و قال المحدّث البحرانى: إنّ المشهور لم يقيموا لتوقّف وجوب النفقة على التمكين دليلاً واضحاً «٣». و هكذا استشكل العلامة «٤» و السيد الخوئى «٥» رحمهما الله على القول باشتراط وجوب النفقة على التمكين.

و الشاهد على ما قلنا بأنّ عدم التمكين مانع، هو وجوب النفقة مع عدم إمكان التمكين من قبل الزوجة شرعاً؛ مثل أن تكون فى أيام حيضها أو سفرها للحجّ و غيره، أو وقت الإحرام و الصوم؛ و هكذا النساء العجائز و شبه ذلك «٦». هذا أولاً.

و ثانياً: أنّه قام الإجماع و السيرة على عدم وجوب الإنفاق فى صورة عدم التمكين، و لو نوقش فيهما، فالأدلة الاخرى - التى تقدّم ذكرها تدلّ على توقّف وجوب النفقة على التمكين - تامّة.

(١) شرائع الإسلام ٢: ٣٤٧.

(٢) مسالك الأفهام ٨: ٤٤٠.

(٣) الحدائق الناضرة ٢٥: ٩٩.

(٤) قواعد الأحكام ٣: ١٠٣.

(٥) منهاج الصالحين ٢: ٢٨٧.

(٦) و لا يخفى أنّ من يقول بشرطيّة التمكين لا يعتقد بالتمكين مطلقاً و فى جميع الحالات و الأزمنة، بل يقول بأنّه مع إمكان التمكين و تحقّقه فى الجملة - بمعنى عدم وجود المانع الشرعى - تجب النفقة. و التحقيق فى المقام أنّه لا دليل واضح على كون النفقة ثابتاً بالعقد؛ فإنّ الثابت به إنّما هو المهر فقط، و لذا لو وقع الطلاق بعد مضيّ مدّة قليلة من العقد، لكان اللّازم دفع المهر فقط دون النفقة، فيظهر أنّ موضوع النفقة بعد العقد إنّما هو المعاشرة مع الزوجة، و من المعلوم أنّ مجرد المعاشرة ليس دخيلاً فى ذلك، بل اللّازم هو المعاشرة بالمعروف التى يكون التمكين من أركانها، فتبيّن أنّه لا دليل على ثبوت النفقة بالعقد. مضافاً الى ثبوت الإجماع على كون النفقة ثابتة بالتمكين لا بمجرد العقد، مع أنّ النشوز لا يناسب إلّا مع كون التمكين شرطاً للنفقة.

و بعبارة اخرى: لا مناسبة بين كون العقد سبباً للنفقة من طرف، و بين كون النشوز مانعاً عنها من طرف آخر، و إنّما المناسبة فيما إذا كان التمكين شرطاً لها. ثمّ إنّ الآيات و الأخبار المطلقة الدالّة على ثبوت النفقة بمجرد الزوجية تقيد بصورة التمكين، و مع عدمه من أىّ جهة كانت لا نفقة لها، و الله العالم. م ج ف.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٨٨

إذن نقول: إن الأدلة التي تدلّ على وجوب النفقة مطلقاً تُقَيّد بالأخبار الدالّة على اشتراط التمكين، إلّا أنّ التمكين الكامل الذي هو شرط لوجوب النفقة إنّما هو ممّن له أهليّة ذلك، و يمكن فرض التمكين و عدم النشوز في حقّها؛ و هي الزوجة الكبيرة، فوجوب نفقتها مشروط بتمكينها في مقابل الزوج، و النصوص التي وردت بأنّ المرأة إذا خرجت من البيت بدون إذن الزوج لا نفقة لها و لعنتها الملائكة... ناظرة إلى هذه. و أمّا الزوجة الصغيرة التي لا تتمكّن من التمكين شرعاً و عرفاً، فأدلة وجوب النفقة بالنسبة إليها مطلقة، و النكاح بذاته يقتضى وجوب نفقتها فنحكم بوجوبها.

مضافاً إلى أنّ الزوج أقدم على هذا النكاح مع علمه بالحال و عدم إمكان التمكين من الزوجة، فيلزم بأداء النفقة مستنداً إلى قاعدة الإقدام أيضاً، و لعلّه لأجل ما ذكرنا قال بعض الفقهاء بوجوب نفقة الزوجة الصغيرة، و الله هو العالم بحكمه.

[و أما الحالة الرابعة أن تكون الزوجة كبيرة و الزوج صغيراً]

[القول الأول] عدم وجوب النفقة على الزوج الصغير

إشارة

الحالة الرابعة: أن تكون الزوجة كبيرة و الزوج صغيراً، فللفقهاء في هذا الفرض أيضاً قولان:

الأول: عدم وجوب النفقة.

الثاني: وجوبها.

أمّا القول الأول: فذهب إليه الشيخ في الخلاف، حيث قال: «إذا كانت الزوجة كبيرة و الزوج صغيراً لا نفقة لها و إن بذلت التمكين» «١»، و تبعه في السرائر «٢».

و في المبسوط: «فأمّا إن كانت كبيرة و هو طفل فبذلت نفسها و مكّنت

(١) الخلاف ٥: ١١٣.

(٢) السرائر ٢: ٦٥٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٨٩

من الاستمتاع، فهل لها نفقة أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا نفقة لها؛ لأنّ التمكين ليس بحاصل، و لا إمكان الاستمتاع، و هو الذي يقوى في نفسى.

و الثانى: - و هو الصحيح عندهم - أنّ عليه النفقة؛ لأنّها تجب في مقابلة التمكين من الاستمتاع، و قد فعلت، و إنّما تعذر القبض من جهته «١».

و اختاره القاضى ابن البراج «٢» و يحيى بن سعيد «٣». و اعترف بذلك أيضاً في كشف اللثام «٤» و الرياض «٥» و نهاية المرام «٦». و به قال في تحرير الوسيلة «٧».

أدلة هذا القول

و ما استدللّ أو يمكن أن يستدلّ به لهذا القول وجوه:

الأول: منع تحقق التمكين مع عدم التمكن؛ فإن التمكين شرطه الإمكان، وإلا لم يتحقق، ولأن الامتناع من جهة الفاعل أقوى من جهة القابل، فبانتهاء التمكن ينتفى التمكين «٨».

الثاني: الشك في شمول أدلة وجوب نفقة الزوجة لذلك، ضرورة ظهورها باعتبار أنها خطابات و تكاليف لغير الصغير و لا يمكن صرفها إليه، و صرفها

(١) المبسوط للطوسي ٤: ٣١٦.

(٢) المهذب ٢: ٣٤٧.

(٣) الجامع للشرائع: ٤٨٩.

(٤) كشف اللثام ٧: ٥٦٢.

(٥) رياض المسائل ٧: ٢٥٩.

(٦) نهاية المرام ١: ٤٧٥.

(٧) تحرير الوسيلة ٢: ٢٩٨ مسألة ٤.

(٨) كشف اللثام ٧: ٥٦٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٩٠

إلى الولي مدفوع بالأصل «١».

الثالث: البراءة من النفقة و لا مخرج عنه «٢».

الرابع: أنه من المرتكزات في أذهان العرف أن الإنفاق في مقابل الاستمتاع، و حيث إن الاستمتاع هنا متعذر من قبل الزوج لصغره، فلا يجب الإنفاق عليه.

و الجواب عن الأول: أنا قد استفدنا من الأدلة السابقة أن العقد بذاته يقتضى النفقة، و عدم التمكين و النشوز مانع عنها، و في مسألتنا هذه لا مانع من التمكين، لأن عدم التمكين؛ من ناحية الزوج لا يكون مانعاً من قبلها، أ لا ترى أنه إذا كان الزوج كبيراً و مكنت الزوجة نفسها له، و لكن هو لا يقدر على الاستمتاع منها، لم يقل أحد بأنه لا يجب عليه النفقة؛ بدليل عدم قدرته على الاستمتاع «٣»، ففي ما نحن فيه أيضاً كذلك، يعنى إذا أنكح الولي الصغير، و الحال هذه معناه أنه أقدم على قبول نفقة زوجته طفله.

و أمّا عن الثاني: فإن الخطاب إلى الولي؛ لأن في المقام الولي أقدم على هذا مع علمه بالحال، فالتكليف متوجه إليه و لا يعقل أن نقول: النكاح صحيح، و لا يجوز لهذه المرأة أن تزوج نفسها بغيره و لا تكون مستحقة للنفقة؛ لأن هذا ضرر على الزوجة «٤»، فيرفعه دليل لا ضرر الذي كان حاكماً على الأدلة.

(١) جواهر الكلام ٣١: ٣١١.

(٢) نهاية المرام ١: ٤٧٥.

(٣) يمكن أن يقال بأن حقيقة التمكين متوقفة على الزوجة فقط؛ بمعنى بذل نفسها للزوج و إن لم يتمكن الزوج، و على هذا فلا مانع من أن يقال بلزوم النفقة في هذا الفرض من طرف، و الذهاب إلى أن مجرد العقد ليس سبباً لوجوب النفقة من طرف آخر، فتدبر. م ج ف.

(٤) و الراجع للضرر هو المهر. م ج ف

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٩١

و الجواب عن الثالث: أن المخرج هو النكاح الصحيح «١». بتعبير أوضح:

أصالة البراءة حجة مع عدم دليل ناقل، لكنه موجود هنا بالعمومات الدالة على وجوب نفقة الأزواج، و الأصل عدم التخصيص «٢». و الجواب عن الرابع: أن هذا أول الكلام، و إثباته على مدعيه، و على فرض وجوده لا دليل على حجته، فالأقوى وجوب نفقة الزوجة الكبيرة التي لا تمتنع من تمكين نفسها، على الزوج الصغير (أى على وليه) و إن كان هو لا يتمكن من التمكين، و سندر دليله قريباً.

[القول الثانى] وجوب نفقة الزوجة على الزوج الصغير

القول الثانى: - و هو الحق - أنه يجب على الزوج الصغير نفقة زوجته الكبيرة؛ بأن يؤدى وليه من مال الصغير أو من مال نفسه. قال المحقق: «أما لو كانت كبيرة و زوجها صغيراً قال الشيخ رحمه الله: لا نفقة لها، و فيه إشكال منشؤه تحقق التمكين من طرفها، و الأشبه وجوب الإنفاق» «٣».

و قال العلامة: «و أما الزوجة الكبيرة؛ فإن لها النفقة إذا كانت ممكنةً من نفسها، و بذلت التمكين عند الحاكم و إن كان الزوج صغيراً؛ لوجود المقتضى السالم عن المعارض؛ فإن المقتضى - و هو التمكين المستند إلى العقد الصحيح - ثابت هنا، و المانع - و هو الصغر - لا يصلح للمانع، كما فى نفقة الأقارب و هى أضعف، و إذا لم يمنع مع ضعف السبب فأولى أن لا يمنع مع قوته» «٤»

(١) و هو عين المدعى و مصادره إلى المطلوب. م ج ف.

(٢) الحدائق الناضرة ٢٥: ١٠٢.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٣٤٨.

(٤) مختلف الشيعة ٧: ٣٢١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٩٢

و تبعه الصيمرى «١». و قال الشهيد الثانى رحمه الله: «فالقول بالوجوب أقوى؛ لأن الشارع رتب إيجاب النفقة على أسباب، فإذا حصلت وجب أن يثبت الوجوب، و المعلوم منه العقد مع بذل المرأة نفسها، أو مع عدم المنع» «٢». و اختار هذا القول الشيخ الأعظم «٣». و دليله يعلم مما سبق فى القول الأول فلا نعيده.

آراء فقهاء أهل السنة فى نفقة الزوجة الصغيرة

أ- المالكية:

و هم يشترطون فى وجوب النفقة شرائط: التمكين، و بلوغ الزوج، و إطاقه الزوجة للوطء «٤».

قال ابن شاس: إذا زوّجت صغيرة من بالغ فلها النفقة إن كان مثلها يوطأ و دَعَتْهُ للدخول. و إن كان لا يوطأ مثلها فلا نفقة عليه.

و أما عكسه؛ بأن زوّجت بالغة من صغير فلا نفقة لها حتى يبلغ الزوج؛ لأنه يشترط فى وجوب النفقة بلوغ الزوج، و إن زوّجت صغيرة من صغير فلا نفقة لها حتى يبلغ الزوج و تطيق هى للوطء «٥».

ب- الحنابلة:

اشترطوا أيضاً فى وجوب النفقة ثلاثة شرائط:

الأول: أن تكون الزوجة كبيرة و استكملت تسع سنين فأكثر.

(٢) مسالك الأفهام ٨: ٤٤٤.

(٣) كتاب النكاح ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٤٨٦.

(٤) عقد الجواهر الثمينه ٢: ٢٩٢.

(٥) عقد الجواهر الثمينه ٢: ٣١٠ و ٢٩٧. حاشية الدسوقي ٢: ٥٠٨، شرح الزرقانى ٤: ٢٤٤، مواهب الجليل ٥: ٥٤١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٩٣

الثاني: أن يمكن وطء مثلها.

الثالث: أن تبذل التمكين التام من نفسها لزوجها.

على هذا إذا كانت المرأة كبيرة و يمكن الاستمتاع بها، فمكنت من نفسها، أو بذلت تسليمها و لم تمنع نفسها و لا منعها أولياؤها، فعلى زوجها الصبى نفقتها؛ لأنه سلمت نفسها تسليمًا صحيحًا فوجب لها النفقة كما لو كان الزوج كبيرًا، و لأن الاستمتاع بها ممكن و إنما تعذر من جهة الزوج، فعلى هذا يجبر الولي على نفقتها من مال الصبى؛ لأن النفقة على الصبى، و إنما الولي ينوب عنه فى أداء الواجبات عليه «١».

ج- الشافعية:

اشترطوا فى وجوب النفقة على الزوج أيضاً تسليم الزوجة نفسها إليه و تمكينها له تمكيناً تاماً من الاستمتاع، و ليكن مستنداً إلى عقد صحيح «٢».

قال الماوردى: إن النفقة تجب باجتماع العقد و التمكين ... و لم يخل الزوجين من أربعة أحوال:

أحدها: أن يكون الاستمتاع ممكناً من جهتهما جميعاً، فيكون الزوج ممن يطأ و الزوجة ممن توطأ، فهذا خارج من محل كلامنا. الحال الثانية: أن يكون الاستمتاع ممكناً من جهة الزوج لبلوغه، و غير ممكن من جهة الزوجة لصغرها، ففى وجوب نفقتها، عليه قولان: الأول: لها النفقة؛ لأن المانع من الاستمتاع بها فى الصغر كالمانع منه بالمرض، و نفقة المريضة واجبة، كذلك الصغيرة، و لأنه قد تزوجها عالماً بأنه لا استمتاع فيها، فصار كالعاقد مع علمه بالعيوب، فلزم فيها حكم السلامة منها.

(١) المغنى ٩: ٢٨١ و ٢٨٢ و ٢٨٤، الشرح الكبير ٩: ٢٥٢، الكافى فى فقه أحمد ٣: ٢٢٧، المبدع ٧: ١٥٤، كشاف القناع ٥: ٥٥٢، الإقناع ٥: ١٤٢، الإنصاف ٩: ٣٧٦ و ٣٧٧، المحرر فى الفقه ٢: ١١٥.

(٢) الام ٥: ٨٩ و ١٠٧، مختصر المزنى: ٢٣١، مغنى المحتاج ٣: ٤٣٥، المجموع شرح المهذب ١٩: ٣٤٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٩٤

و القول الثانى: أنه لا نفقة لها، نص عليه الشافعى، و اختاره المزنى، و استدلاً بأمرين:

أحدهما: أن فقد الاستمتاع بالصغر أغلظ من تعذره بالنشوز فى الكبير؛ لإمكانه فى حال النشوز، و تعذره فى حال الصغر، فكان إلحاقه بالنشوز فى سقوط النفقة أحق.

و الثانى: أن النفقة مستحقة فى مقابلة التمكين من الاستمتاع، فصارت بدلاً فى مقابلة مبدل، و فوات المبدل موجب لسقوط البدل.

الحال الثالثة: أن يكون الاستمتاع من الزوجة ممكناً لكبرها، و متعذراً من جهة الزوج لصغره، و فيها أيضاً قولان..

و الحال الرابعة: أن يتعذر الاستمتاع من جهتهما لصغرهما، و فيها أيضاً قولان «١» كما فى الحالة السابقة.

د- الحنفية:

يشترط فى وجوب النفقة عندهم تسليم المرأة نفسها إلى الزوج، بأن تخلى بين نفسها و بين زوجها برفع المانع من وطئها و الاستمتاع بها حقيقة، و يتفرع على هذا أنه إذا كانت الزوجة صغيرة يجمع مثلها فهى كالبالغة فى النفقة، و إن كانت لا يجمع مثلها فلا نفقة لها؛

لأن شرط الوجوب تسليم النفس، و لا يتحقق التسليم في صغره حيث لا يجامع مثلها، فلا نفقة لها إذا كانا صغيرين، و إن كان الزوج صغيراً و المرأة كبيرة فلها النفقة لوجود التسليم منها، و لكن إذا كان الزوج صغيراً لا مال له لم يؤخذ الأب بنفقة زوجته إلا أن يكون ضمنها؛ لأن استحقاق النفقة على الزوج «٢»

(١) الحاوى الكبير ١٥: ٣٠-٣٣ مع تصريف.

(٢) رد المختار لابن عابدين ٣: ٥٧٤، المبسوط للسرخسى ٥: ١٨٧ دار المعرفة، بيروت، تحفة الفقهاء ٢: ١٥٨، بدائع الصنائع للكاسانى ٣: ٤٢٣، دار إحياء التراث العربى، الهداية ٢: ٣٢١، البناءة فى شرح الهداية ٥: ٤٩٨ و ٤٩٩. موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٩٥

المبحث السادس: حكم عدة الصغيرة فى الطلاق

إشارة

اختلف الفقهاء فى أن الصبيّة التى لم تبلغ تسع سنين إذا دخل بها الزوج اشتباهاً أو فعل ذلك محرماً، و كذا فى اليائسة، هل عليهما عدة الطلاق أم لا؟

و كذا فى صورة الفسخ و وطء الشبهة الموجبين للعدة فى غير هذا الموضع على قولين:

قال السيد المرتضى «١» و ابن زهرة «٢» و ابن شهر آشوب «٣»: إنه تجب على الصغيرة العدة فى فرض المسألة.

و احتج السيد المرتضى رحمه الله بقوله - تعالى - : (وَ اللَّائِي يَشْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ) «٤».

قال: «و هذا صريح فى أن الآيات من المحيض و اللأى لم يبلغن عدتهن الأشهر على كل حال».

ثم أورد على نفسه بأن فى الآية شرطاً؛ و هو قوله - تعالى - : (إِنْ ارْتَبْتُمْ) و هو منتفٍ عنهما.

ثم أجاب بأن الشرط لا ينفع أصحابنا، لأنه غير مطابق لما يشترطونه، و إنما يكون نافعاً لهم لو قال - تعالى - : «إِنْ كَانَ مِثْلَهُنَّ لَا تَحِيضُ فِي الْيَأْسَاتِ وَ فِي اللَّائِي لَمْ يَلْغِنِ الْمَحِيضُ إِذَا كَانَ مِثْلَهُنَّ تَحِيضٌ» و إذا لم يقل - تعالى - ذلك و قال:

(١) الانتصار: ٣٣٤.

(٢) غنية النزوع: ٣٨٢.

(٣) متشابه القرآن و مختلفه ٢: ٢٠٠.

(٤) سورة الطلاق ٦٥: ٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٩٦

(إِنْ ارْتَبْتُمْ)، و هو غير الشرط الذى يشترطه أصحابنا، فلا منفعة لهم به.

و ليس يخلو قوله - تعالى - : (إِنْ ارْتَبْتُمْ) من أن يراد به ما قاله جمهور المفسرين و أهل العلم بالتأويل من أنه - تعالى - أراد به: إن كنتم مرتابين فى عدة هؤلاء النساء غير عالمين بمبلغها. و وجه المصير إلى هذا التأويل ما روى فى سبب نزول هذه الآية أن أبى بن كعب قال: يا رسول الله إن عدداً من عدة النساء لم تذكر فى الكتاب: الصغار و الكبار و أولات الأحمال، فأنزل الله: (وَ اللَّائِي يَشْنَ مِنَ الْمَحِيضِ - إلى قوله: - و أولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن) «١».

فكان سبب نزول هذه الآية الارتباب الذى ذكرناه. لا الارتباب بأنها آيسة أو غير آيسة؛ لأنه - تعالى - قد قطع فى الآية على اليأس من المحيض، و المشكوك فى حالها، و المرتاب فى أنها تحيض أو لا تحيض لا تكون آيسة. و يدل - أيضاً على أن المراد الارتباب فى العدة و مبلغها - قوله: (إِنْ ارْتَبْتُمْ) فَإِنَّ الْمَرْجِعَ فِي وَقْعِ الْحَيْضِ مِنْهَا أَوْ ارْتِفَاعِهِ إِلَيْهَا؛ وَ هِيَ الْمَصْدَقَةُ عَلَى مَا تَخْبِرُ بِهِ فِيهِ، فَإِذَا أُخْبِرَتْ بِأَنَّ حَيْضَهَا قَدْ ارْتَفَعَ قَطَعَ عَلَيْهِ، وَ لَا مَعْنَى لِلارْتِبَابِ مَعَ ذَلِكَ، حَيْثُ إِنَّ الْمَرْجِعَ فِيهِ إِلَيْهِنَّ، فَلَوْ كَانَتِ الرِّبِيَّةُ فِي الْآيَةِ مَنْصَرَفَةً إِلَى الْيَأْسِ مِنَ الْمَحِيضِ لَكَانَ حَقُّهُ أَنْ يَقُولَ: «إِنْ ارْتَبْتُمْ»؛ لِأَنَّ الْمَرْجِعَ إِلَيْهِنَّ فِيهِ، فَلَمَّا قَالَ: (إِنْ ارْتَبْتُمْ) فَخَاطَبَ الرِّجَالَ دُونَ النِّسَاءِ، عَلِمَ أَنَّهُ يَرِيدُ الْارْتِبَابَ فِي الْعِدَّةِ وَ مَبْلَغِهَا «٢».

و قال ابن زهرة: «يجب أن تعتد بالشهور، و هو اختيار المرتضى رضى الله عنه، و به قال جميع المخالفين، و طريقة الاحتياط تقتضى ذلك، و أيضاً قوله - تعالى - : (وَ اللَّائِي يَنْشُرْنَ مِنَ الْمَحِيضِ) ... و هذا نص، و قوله - تعالى - : (إِنْ ارْتَبْتُمْ)، معناه على ما

(١) السنن الكبرى للبيهقي ١١ / ٣٧١ دار الفكر بيروت، و ج ٧: ٤١٤ دار صادر بيروت.

(٢) الانتصار: ٣٣٤ - ٣٣٥ مع تصرف.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٩٧

ذكره جمهور المفسرين: إن كنتم مرتابين فى عده هؤلاء النساء، و غير عالمين بمقدارها «١».

جواب العلامة و الشهيد عن استدلال السيد المرتضى

و أجاب عنه العلامة و الشهيد الثانى رحمهما الله: «بأنه لا دلالة فى الآية على ما ذكره السيد رحمه الله لاشتراطها بالريبة، و هى عائدة إلى اليأس من المحيض و عدم المحيض، و القطع فى علمه تعالى لا يستلزم انتفاء الريبة عندنا؛ لأنه تعالى علّم الغيوب... و سبب النزول لا- يجب أن يكون عاماً فى الجميع، فجاز أن يقع السؤال عن الصغار و الكبار الذين لم يحضن أو أيسن، مع أن مثلهن يحضن؛ فإنه لا- يمكن الحوالة فى عدتهن على الأقران، فوجب السؤال، و صرف الريبة إلى العدة و العلم بقدرها غير مناسب؛ لأن الأحكام الشرعية قبل ورود الشرع بها غير معلوم، فلا يكون التعليم فى هذه الصورة مشروطاً بالريبة دون غيرها؛ لعدم الأولوية «٢»، إذ بيان الأحكام فى القرآن الكريم لا يقيد بالجهل فى شىء من الأحكام.

و أضاف الشهيد الثانى أنه لو كان المراد ما ذكر السيد رحمه الله لقال: «إن جهلتم» و لم يقل (إِنْ ارْتَبْتُمْ)؛ لأن سبب النزول كما ذكر يوجب ذلك؛ فإن أُبَيَّ بْنَ كَعْبٍ لم يشك فى عدتهن و إنما جهل حكمه، و إنما أتى بالضمير مذكراً لكون الخطاب مع الرجال؛ لقوله - تعالى - : (وَ اللَّائِي يَنْشُرْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ) و لأن النساء يرجعن فى معرفة أحكامهن إلى رجالهن أو إلى العلماء فكان الخطاب لهم لا للنساء.

(١) غنية النزوع: ٣٨٢.

(٢) مختلف الشيعة ٧: ٤٦٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٩٨

و الحق أن الآية محتملة الأمرين، و الاستناد إلى الآية الكريمة فى الحكم غير بين و إن كانت الدلالة على مذهب المرتضى أوضح، و الاعتماد فى الحكم المشهور على الروايات الكثيرة المعتمدة الأسناد، و وجوب الجمع بينها، و بين الآية يعين المصير إلى ما ذكره فى الجواب - و إن كان خلاف الظاهر - مراعاةً للجمع «١».

نقول:

يحتمل فى معنى الآية (إِنْ ارْتَبْتُمْ) وجهان؛

الأول: ما ذكره السيد المرتضى قدس سره من أن المراد بالارتباب الجهل فى عدّة هؤلاء النساء و عدم العلم بمبلغها.

الثانى: أن يكون الارتباب فى أنها يائسة أو غير يائسة، فىكون المراد من قوله - تعالى - : (وَ اللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ) ... أى إذا ينسن من المحيض و حصلت لها صفة الآيسات، و هو انقطاع الحيض بحسب الظاهر، و لم يتحقّق كونه لكبر، و وصولها إلى حدّ اليأس منه أو لعارض، فحصل الشكّ فى ذلك، فىجب عليهن العدة بثلاثة أشهر.

قال فى مجمع البيان: «(وَ اللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ) فلا تدرون لكبر ارتفع حيضهنّ أم لعارض، فعدتهنّ ثلاثة أشهر، و هنّ اللواتى أمثالهنّ يحضن؛ لأنهنّ لو كنّ فى سنّ من لا تحيض لم يكن للارتباب معنى، و هذا هو المروى عن أئمتنا عليهم السلام» (٢). و قريب من هذا فى الكشاف (٣).

و قال الشيخ فى معنى قوله - تعالى - : (وَ اللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ): «فشرط فى إيجاب العدة ثلاثة أشهر إن ارتابت، و الريبة

(١) مسالك الأفهام ٩: ٢٣٤.

(٢) مجمع البيان ١٠: ٣٩.

(٣) الكشاف ٤: ٥٥٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٩٩

لا تكون إلّا فىمن تحيض مثلها. و أمّا من لا تحيض مثلها فلا ريبة عليها» (١).

و فى فقه القرآن للراوندى: «قوله - تعالى - : (وَ اللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ) ... محمول على الآيسة من المحيض و فى سنّها من تحيض، و فى التى لم تحض و فى سنّها من تحيض؛ لأنّ الله - تعالى - شرط فيه ذلك و قيده بالريبة» (٢).

و فى تفصيل الشريعة «إنّ المراد من هذه الجملة الشريفة «إن ارتبتم» هو أنّ هذا القيد يدلّ على عدم ترتّب الحكم على مطلق اليائسة، بل على اليائسة المرتابة، و هى التى تشكّ فى أنها بلغت سنّ اليأس أم لا؟ و فى الحقيقة تشكّ فى أنّ عدم الحيض، هل يكون مستنداً إلى اليأس، أو يكون لعارض من مرض أو غيره.

و عليه: فمن بلغت سنّ اليأس مشخصاً لا يكون حكمها مذكوراً فى الآية الشريفة، و هكذا بالإضافة إلى قوله - تعالى - : (وَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ)؛ فإنّ الظاهر ثبوت هذا القيد فيهنّ، و أنّ المراد ثبوت الريبة فيهنّ؛ بمعنى أنّ المرأة التى لم تر الدّم، و لكن شكّت فى أنّ عدم رؤيتها هل لأجل عدم البلوغ بسنّ الحيض، أو مستند إلى عارض آخر، تكون مورداً للحكم فى الآية. و أمّا المرأة غير المرتابة، و غير البالغة سنّ الحيض فلا تعرّض فى الآية لحكمها» (٣).

فالأقوى فى معنى قوله - تعالى - : (إِنْ ارْتَبْتُمْ) أن يقال: إنّ الارتباب فى اليأس من المحيض و عدم المحيض، لا- الارتباب فى حكم هؤلاء النساء؛ لأنّه ورد فى بعض الأخبار ما يدلّ على ذلك، مثل:

صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: و سألته عن قول الله - عزّ و جلّ - :

(إِنْ ارْتَبْتُمْ) ما الريبة؟ فقال: «ما زاد على شهر فهو ريبة، فلتعدّ ثلاثة أشهر،

(١) الخلاف للطوسى ٥: ٥٣.

(٢) فقه القرآن ٢: ١٥٤.

(٣) تفصيل الشريعة، كتاب الطلاق و الموارث: ١٠٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٠٠
و لتترك الحيض، و ما كان فى الشهر لم يزد فى الحيض على ثلاث حيض، فعدتها ثلاث حيض «١».
قال الشيخ: «الوجه فيه: أنه إن تأخر الدم عن عاداتها أقل من الشهر فليس لريبه الجبل، بل ربما كان لعله فلتعتد بالأفراء، فإن تأخر الدم شهراً فإنه يجوز أن يكون للحمل، فتعد ثلاثة أشهر ما لم تر فيها دمًا» ٢.
و فى معناها صحيحه محمد بن مسلم؛ لأن فيها
«و التى قد ارتفع حيضها و زعمت أنها لم تياس» «٣».
و صحيحه زرارة، عن أبى جعفر عليه السلام قال: أمران أيهما سبق بانت منه المطلقة، المسترابة «... ٤»
و معنى المسترابة كما فى الفقيه «٥» المرأة التى تستريب الحيض.
فالظاهر أن المقصود من الارتباب فى الآيه، الارتباب بأنها يائسه أو غير يائسه، لا الارتباب فى العده، و لا أقل أن الآيه تحتل الأمرين، فلا يمكن الاستدلال بها على ما ذهب إليه السيد المرتضى رحمه الله.

الروايات التى تدل على مذهب السيد المرتضى و أتباعه

إن أهم الروايات التى يمكن أن يستدل بها لمذهب السيد المرتضى و أتباعه ما يلى:

١- رواية

أبى بصير قال: «عده التى لم تبلغ الحيض ثلاثة أشهر، و التى

(١) (١ و ٢) وسائل الشيعة ١٥: ٤١٢ الباب ٤ من أبواب العدد، ذ ح ٧.

(٣) نفس المصدر و الباب، ح ١.

(٤) نفس المصدر و الباب، ح ٥.

(٥) الفقيه ٣: ٣٣٢، ح ١٦٠٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٠١

قد قعدت من المحيض ثلاثة أشهر» «١».

و دلالتها واضحة.

٢-

صحيحه الحلبي، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «عده المرأة التى لا تحيض، و المستحاضة التى لا تطهر، و الجارية التى قد يئست و لم تدر ك الحيض ثلاثة أشهر، و التى يستقيم حيضها ثلاث حيض، متى ما حاضتها فقد حلت للأزواج» «٢».

و فى رواية

محمد بن سنان، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: فى الجارية التى لم تدر ك الحيض: قال: «يطلقها زوجها بالشهور» الحديث «٣».

قال العلامة: «رواية أبى بصير ضعيفة السند؛ لأن ابن سماعه و ابن جبلة و على ابن أبى حمزة كلهم منحرفون عن الحق، و أبو بصير لم يسندها إلى إمام، و مع ذلك فهى محمولة على ما إذا كانتا فى سن من تحيض» «٤».

و قال الشيخ رحمه الله بعد ذكر هذا الخبر: «فهذا الخبر نحملة على من تكون مثلها تحيض؛ لأن الله - تعالى - شرط ذلك و قيده بمن يرتاب بحالها. قال الله - تعالى -:

(وَ اللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ) فشرط في إيجاب العدة ثلاثة أشهر أن تكون مرتابة.

و كذلك كان التقدير في قوله- تعالى-: (وَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ) أى فعدتهن ثلاثة أشهر، و هذا أولى مما قاله ابن سماعه؛ لأنه قال: تجب العدة على هؤلاء كلهن، و إنما تسقط عن الإماء العدة؛ لأن هذا تخصيص منه فى الإماء بغير دليل. و الذى ذكرناه مذهب معاوية بن حكيم من متقدمى فقهاء أصحابنا و جميع فقهاء المتأخرين، و هو مطابق لظاهر القرآن «٥»

(١) وسائل الشيعة ١٥: ٤٠٧ الباب ٢ من أبواب العدد، ح ٦.

(٢) نفس المصدر و الباب، ح ٨.

(٣) نفس المصدر و الباب، ح ٧.

(٤) مختلف الشيعة ٧: ٤٦٦.

(٥) تهذيب الأحكام ٨: ١٣٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٠٢

و قال المحقق الأردبيلي: «و رواية أبى بصير ضعيفة، و صحيحة الحلبي تحمل على ما حمله الشيخ عليه رواية أبى بصير كما تقدم. على أن الصحيحة مشتملة على حكم المستحاضة، و القائل به غير ظاهر.

و على أن عدة المسترابة ثلاثة حيض، مع أن عدتها أحد الأمرين: إما ثلاثة أشهر أو ثلاثة أطهار، و فى متنها أيضاً شىء» «١».

و يؤيد حمل الشيخ رواية

محمد بن حكيم عن العبد الصالح عليه السلام قال: قلت له:

المرأة الشابة التى لا تحيض و مثلها يحمل، طلقها زوجها، قال: «عدتها ثلاثة أشهر» «٢».

و قال الشيخ الفقيه الفاضل اللكراني: «و يمكن حمل ما تضمن العدة هنا على التقيّة؛ لموافقها لمذهب العامة، و على الاستحباب» «٣».

إيضاح:

لم يحتج السيد بهذه الأخبار؛ لأنه لا يعتبر الأخبار الصحيحة الواردة بطريق الآحاد، فكيف بمثل هذه الأخبار، و لذا استند إلى الآية فقط.

نعم، هذه الروايات موافقة لمذهبه لا أنها تدخل فى حجته.

عدم وجوب العدة على الزوجة الصغيرة

القول الثانى: - و هو الأقوى - ما قال المشهور من أنه لا تجب على الصغيرة العدة فى فرض المسألة.

(١) زبدة البيان ٢: ٧٥١ و ٧٥٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٥: ٤١٢ أبواب العدد الباب ٤، ح ٨.

(٣) تفصيل الشريعة، كتاب الطلاق و الموارث: ٩٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٠٣

قال الشيخ رحمه الله: «وَمَنْ طَلَّقَ صَبِيَّهُ لَمْ يَبْلُغِ الْمَحِيضَ وَ قَدْ كَانَ دَخَلَ بِهَا فَعَدَّتْهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ إِنْ كَانَتْ فِي سَنٍّ مِنْ تَحِيضٍ؛ وَ هِيَ أَنْ تَبْلُغَ تِسْعَ سِنِينَ، وَ إِنْ صَغُرَتْ عَنْ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا عِدَّةٌ مِنْ طَلَاقٍ» (١).

ذهب إلى هذا القول أكثر الأصحاب، منهم: المفيد (٢) و الصدوق (٣) و سلار (٤) و أبو الصلاح الحلبي (٥) و ابن البراج (٦) و ابن حمزة (٧) و ابن إدريس (٨) و من تأخر (٩) عنهم، و به قال أيضاً جماعة من المتأخرين (١٠) و متأخرى المتأخرين (١١) و بعض أعلام العصر (١٢).

قال في تحرير الوسيلة: «لَا عِدَّةَ عَلَى مَنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا وَ لَا عَلَى الصَّغِيرَةِ؛ وَ هِيَ مَنْ لَمْ تَكْمَلِ التَّسْعَ وَ إِنْ دَخَلَ بِهَا، وَ لَا عَلَى الْيَائِسَةِ؛ سِوَاءَ بَانَتْ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ بِطَلَاقٍ أَوْ فُسْخٍ أَوْ هِبَةٍ مَدَّةٍ أَوْ انْقِضَائِهَا» (١٣).

(١) تهذيب الأحكام ٨: ١٣٧، الخلاف ٥: ٥٣، المبسوط للطوسي ٥: ٢٣٩.

(٢) المقنعة: ٥٣٣.

(٣) المقنع: ٣٤٥.

(٤) المراسم العلوية: ١٦٧.

(٥) الكافي: ٣١٢.

(٦) المهذب ٢: ٣١٥.

(٧) الوسيلة: ٣٢٥.

(٨) السرائر ٢: ٧٣٣.

(٩) شرائع الإسلام ٣: ٣٥، المختصر النافع: ٢٢٥، مختلف الشيعة ٧: ٤٦٣، قواعد الأحكام ٣: ١٣٨.

(١٠) الجامع للشرائع: ٤٧٠، إرشاد الأذهان ٢: ٤٧، إيضاح الفوائد ٣: ٣٣٧، المهذب البارع ٣: ٤٨٨، كشف الرموز ٢: ٢٢٥، غايه المرام ٣: ٢٣٧، مسالك الأفهام ٩: ٢٣٠.

(١١) نهاية المرام ٢: ٨٨، رياض المسائل ٧: ٣٦٧، كشف اللثام ٨: ٩٢، كنز الفوائد ٢: ٥٩١، الحدائق الناضرة ٢٥: ٤٣١، جواهر الكلام ٣٢: ٢٣٢.

(١٢) العروة الوثقى مع تعليقات عدده من الفقهاء ٦: ٨٤، وسيلة النجاة و تعليقاته ٢: ٢٨٦، منهاج الصالحين للسيد الخوئي ٢: ٢٩٧، مهذب الأحكام ٢٦: ٧٥.

(١٣) تحرير الوسيلة ٢: ٣١٨ مسألة ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٠٤

و في تفصيل الشريعة: «لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا- أَى عَلَى الصَّغِيرَةِ- وَ إِنْ دَخَلَ بِهَا مَعَ الْجَوَازِ أَوْ بَدُونَهُ» (١).

أدلة عدم ثبوت العدة للصغيرة

قد استدلل لعدم ثبوت العدة للصغيرة بأمور:

الأول: الإجماع كما ادّعه في الرياض (٢).

و فيه: أنه- مع مخالفة السيد المرتضى و من تبعه- لا يمكن الجزم بتحقيق الإجماع التعبدى الكاشف عن رأى المعصوم عليه السلام، مضافاً إلى أنه محتمل المدركية، فلا يكون دليلاً مستقلاً فى المسألة.

الثانى: الأصل، و فيه: أنه مع وجود الدليل لا يجرى الأصل.

الثالث: - و هو العمدة- النصوص المستفيضة، بل كما قال فى الرياض و الجواهر: كادت تكون متواترة:

منها: معتبرة

عبد الرحمن بن الحجاج قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «ثلاث تتروّجن على كلّ حال: التى لم تحض و مثلها لا تحيض. قال: قلت: و ما حدّها؟»

قال: إذا أتى لها أقلّ من تسع سنين، و التى لم يدخل بها، و التى قد يئست من المحيض و مثلها لا تحيض. قلت: و ما حدّها؟ قال: إذا كان لها خمسون سنة» (٣).

و منها: الصحيحة الثانية لعبد الرحمن بن الحجاج أو موثّقتة (٤).

قال فى الوسائل: و الظاهر تعدّد الروايتين، و الرواية الثانية مخصوصة بالقرشية

(١) تفصيل الشريعة، كتاب الطلاق و الموارث: ٩٤.

(٢) رياض المسائل ٧: ٣٦٧.

(٣) وسائل الشيعة ١٥: ٤٠٦، الباب ٢ من أبواب العدد، ح ٤.

(٤) (٢، ٤) نفس المصدر الباب ٣ من أبواب العدد، ح ٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٠٥

و النبطية، و الرواية الاولى مخصوصة بغيرهما (١).

و منها: معتبرة

محمد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «التى لا تحبل مثلها لا عدّة عليها» (٢).

قال الشيخ الحرّ العاملى رحمه الله فى ذيلها: «هذا يدلّ على حكم الصغيرة أيضاً، و هو ظاهر».

و منها: صحيحة

زرارة، عن أبى عبد الله عليه السلام فى الصبيّة التى لا يحيض مثلها، و التى قد يئست من المحيض، قال: «ليس عليهما عدّة و إن دخل بهما» (٣).

و منها:

ما رواه فى الفقيه عن جميل أنّه قال فى الرجل يطلّق الصبيّة التى لم تبلغ و لا تحمل مثلها، و قد كان دخل بها، و المرأة التى قد يئست من المحيض و ارتفع طمثها و لا تلد مثلها. فقال: «ليس عليهما عدّة» (٤).

قال المحدث البحرانى: «يكون الخبر صحيحاً» (٥).

و رواه فى الكافي (٦) و السرائر (٧) مع اختلاف يسير، و الصدوق رحمه الله عبّر عنه بلفظ: «أنّه قال فى الرجل»، و بالنظر إلى هذه القرائن يكون الخبر صحيحاً.

و قال المحقّق الأردبيلي: «و لا يضّرّ إرسال مثل جميل فى مثلها». و قال فى الفقيه (٨): «و فى رواية جميل أنّه قال فى الرجل إلى آخر الرواية، و كأنّه نقل بلا واسطة عن أبى عبد الله عليه السلام» (٩).

(١) (٢، ٤) نفس المصدر الباب ٣ من أبواب العدد، ح ٥.

(٢) نفس المصدر و الباب، ح ٢.

(٣) نفس المصدر و الباب، ح ٣.

(٤) الفقيه ٣: ٣٣١، ح ١٦٠٦.

(٥) الحدائق الناضرة ٢٥: ٤٣٢.

(٦) الكافي ٦: ٨٤، ح ١، وسائل الشيعة ١٥: ٤٠٦، الباب ٢ من أبواب العدد، ح ٣.

(٧) السرائر ٣: ٥٦٧.

(٨) الفقيه ٣: ٣٣١.

(٩) زبدة البيان ٢: ٧٥٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٠٦

و مثلها المرسله الثانيه لجميل بن دراج رواها في التهذيب «١» و يؤيده أن المقتضى للاعتداد زال، فتزول العدة؛ لأن العدة إنما شرعت لاستعلام فراغ الرحم من الحمل غالباً، وهذه الحكمة منتفیه هنا قطعاً، فلا وجه لوجوب العدة، و يشعر بهذه الحكمة رواية محمد بن مسلم المتقدمه.

و أيضاً أن غير المدخول بها لا عدّه عليها إجماعاً، فكذا الصغيره؛ إذ الدخول هنا لا اعتبار به «٢».

وجوب عدّه الوفاء على الزوجه الصغيره

ما سبق ذكره كان في عدّه الطلاق، و أما عدّه الوفاء فلا خلاف بين الفقهاء «٣» في أن الحرّة الحائل المتوفى عنها زوجها تعتدّ أربعة أشهر و عشرة أيام، صغيره كانت أو كبيره، مدخولاً بها أو غير مدخول بها، دائمه أو متمتعاً بها، بالغاً كان الزوج أو غيره. و يدلّ على ذلك أولاً: قوله تعالى: (وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا) «٤» فإنها بإطلاقها شامله لجميع ما ذكرنا. قال في تفصيل الشريعه: «و مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين الموارد المذكوره حتى بالنسبه إلى الزوجه غير المدخول بها، التي لا عدّه لها في الطلاق، كما أنه لا فرق بين

(١) تهذيب الأحكام ٨: ٦٦، ح ٢١٩، وسائل الشيعة ١٥: ٤٠٥، الباب ٢ من أبواب العدد، ح ٢.

(٢) المهذب البارع ٣: ٤٨٨، مسالك الأفهام ٩: ٢٣١، غايه المرام ٣: ٢٣٧، كنز العرفان ٢: ٣٦٠.

(٣) المقنعه: ٥٣٤، الخلاف ٥: ٥٨، الجامع للشرائع: ٤٧١، شرائع الإسلام ٣: ٣٨، المختصر النافع: ٢٢٥، قواعد الأحكام ٣: ١٤٢، إرشاد

الأذهان ٢: ٤٨، تحرير الأحكام ٤: ١٥٣، رياض المسائل ٧: ٣٧٧، مسالك الأفهام ٩: ٢٧١، جواهر الكلام ٣٢: ٢٧٤، الحدائق الناضرة

٢٥: ٣٩١، منهاج الصالحين للسيد الخوئي ٢: ٢٩٧، تحرير الوسيله ٢: ٣١٨، تفصيل الشريعه، كتاب الطلاق و الموارث: ١٤٥-١٤٦.

(٤) سورة البقره ٢: ٢٣٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٠٧

أن يكون الزوج كبيراً أو صغيراً «١».

و ثانياً: الأخبار الواردة في المقام، و هي مستفيضه، بل كادت تكون متواتره.

منها: صحيح

الحلبى، عن أبى عبد الله عليه السلام، أنه قال في المتوفى عنها زوجها إذا لم يدخل بها: «إن كان فرض لها مهراً فلها مهرها الذى فرض لها، و لها الميراث، و عدتها أربعة أشهر و عشره كعدته التي دخل بها، و إن لم يكن فرض لها مهراً فلا مهر لها، و عليها العدة و

لها الميراث» «٢».

و منها: مرسله

عبد الرحمن بن الحجاج، عن علي بن الحسين عليهما السلام قال في المتوفى عنها زوجها و لم يدخل بها: «إن لها نصف الصداق، و لها الميراث و عليها العدة» (٣).

و منها: صحيحة

زرارة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج جارية لم تدرك لا يجامع مثلها، أو تزوج رتقاء، فأدخلت عليه، فطلقها ساعة ادخلت عليه؟ قال:

«هاتان ينظر إليهن من يوثق به من النساء، فإن كن كما دخلن عليه فإن لها نصف الصداق، الذي فرض لها، و لا عدة عليهن منه. قال: فإن مات الزوج عنهن قبل أن يطلق فإن لها الميراث و نصف الصداق، و عليهن العدة أربعة أشهر و عشرًا» (٤).
و كذا الأخبار المعتبرة الاخرى (٥).

فالنصوص مع كثرتها و صحته أسنادها، بعضها صريح في الصغيرة، و بعضها

(١) تفصيل الشريعة، كتاب الطلاق و الموارث: ١٤٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٥: ٧٦ أبواب المهور الباب ٥٨، ح ٢٢.

(٣) نفس المصدر و الباب، ح ٥.

(٤) وسائل الشيعة ١٥: ٧٠، أبواب المهور، الباب ٥٧، ح ١.

(٥) وسائل الشيعة ١٥: ٦٢ أبواب المهور الباب ٥١، ح ٤، و ص ٧١ الباب ٥٨، ح ١، ٣، ٤، ٦، ١٢، ٢٠، ٢٢ و ٢٣ و ص ٤٦٢ أبواب العدد الباب ٣٥ ح ١-٣، و ج ١٧: ٥٢٩ أبواب ميراث الأزواج، الباب ١٢ ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٠٨

مطلق يشمل كل امرأة صغيرة كانت أو كبيرة، دخل بها أو لم يدخل بها، بالغاً كان الزوج أو غيره (١)، و حيث إن الصغيرة لا تكليف عليها على نحو الإلزام، فالحكم يتوجه إلى الولي، و هو الذي يأمر الصغيرة برعاية مسائل العدة كما هو ظاهر.
هذا، و في ذيل رواية

الشيخ في التهذيب عن محمد بن عمر الساباطي قال:

و سألت عن المتوفى عنها زوجها من قبل أن يدخل بها؟ قال: «لا عدة عليها هما سواء» (٢)،

فهذه تدل على عدم ثبوت العدة على الصغيرة.

و لكن يمكن الجواب عنها، كما قال الشهيد الثاني رحمه الله: «و أمّا ما روى في شواذ أخبارنا من عدم وجوب العدة على غير المدخول بها فهو - مع ضعف سنده - معارض بما هو أجود سنداً و أوفق لظاهر القرآن و إجماع المسلمين» (٣).

و تبعه سبطه السيد العاملي (٤) و صاحب الجواهر (٥).

و قال المحدث البحراني: «و الأظهر عندي أنّها محمولة على التقية، كما يشير إليه

ما رواه الشيخ رحمه الله في التهذيبيين عن عبيد بن زرارة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها، أ عليها عدة؟ قال: لا. قلت له: المتوفى عنها زوجها قبل أن يدخل بها، أ عليها عدة؟ قال: أمسك عن هذا (٦).

و كذا موثقة

عبيد بن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام في المتوفى عنها زوجها و لم يدخل بها، و في آخرها قلت: و العدة؟ قال: «كفّ عن هذا» (٧).

- (١) رياض المسائل ٧: ٣٧٦.
- (٢) تهذيب الأحكام ٨: ١٤٤، ح ٤٩٧؛ وسائل الشيعة ١٥: ٤٦٢ أبواب العدد الباب ٣٥، ح ٤.
- (٣) مسالك الأفهام ٩: ٢٧٢.
- (٤) نهاية المرام ٢: ٩٩.
- (٥) جواهر الكلام ٣٢: ٢٧٤.
- (٦) تهذيب الأحكام ٨: ١٤٤، الاستبصار ٣: ٣٣٩، وسائل الشيعة ١٥: ٤٦٣ أبواب العدد الباب ٣٥، ح ٥.
- (٧) وسائل الشيعة ١٥: ٧٤ أبواب المهور الباب ٥٨، ح ١١.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٠٩.
- و لا ريب أنّ أمره عليه السلام للوسائل بالكفّ و الإمساك في هذين الخبرين لا وجه له إلّا التقيّة «١».
- و قوى في الجواهر وجوب عدّة الوفاة للصغيرة كالكبيرة، بأنّه فرق بين عدّة الطلاق، و عدّة الوفاة التي هي في الحقيقة لإظهار التحزّن و التفجّع على الزوج و الاحترام لفرشه، و لذلك اعتبرت بالأشهر و أمر فيها بالحداد، بخلاف عدّة الطلاق المعتبر فيها الأقرء أوّلاً و بالذات «٢».

رأى فقهاء أهل السنّة في عدّة الصغيرة

ذهب جمهور فقهاء العامّة إلى أنّ عدّة الزوجة الصغيرة المتوفّى عنها زوجها أربعة أشهر و عشرة أيّام؛ لقوله - تعالى - : (وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا) «٣».

قال ابن شاس: «المتوفّى عنها زوجها عليها عدّة الوفاة ... و إن كانت حائلاً، فتعدّد الحرّة بأربعة أشهر و عشرة أيّام؛ سواء كانت مدخولاً بها أو غير مدخول بها، صغيرة أو كبيرة، حرّة أو أمّة، مؤمنّة أو كافرة» «٤»، و كذا في أسهل المدارك «٥»، و المجموع شرح المهذب «٦» و البناءة في شرح الهداية «٧» و كثير من كتبهم «٨».

- (١) الحدائق الناضرة ٢٥: ٤٦١ مع تصرّف ما.
- (٢) جواهر الكلام ٣٢: ٢٧٤.
- (٣) سورة البقرة ٢: ٢٣٤.
- (٤) عقد الجواهر الثمينة ٢: ٢٦٧. مع تصرّف ما.
- (٥) أسهل المدارك ٢: ٣١.
- (٦) المجموع ١٩: ٢٣٣.
- (٧) البناءة في شرح الهداية ٥: ٤١٠.
- (٨) المغنى ٩: ١٠٦، الشرح الكبير ٩: ٨٨، بداية المجتهد ٢: ٩٥، بدائع الصنائع ٣: ٣٠٤، المبسوط للسرخسى ٦: ٥١ و ٥٢، مغنى المحتاج ٣: ٣٩٥، التنف في الفتاوى: ٢١١، الهداية شرح بداية المبتدى: ٣٠٨.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١١٠.

وجوب الحداد على الزوجة الصغيرة

المشهور بين الفقهاء أنه يجب على الزوجة الصغيرة - كالكبيرة - الحداد، و هو لغه «١» المنع، و شرعاً «ترك ما فيه زينه من الثياب، و الادهان المقصود بها الزينه و التطيب فيها أو فى البدن، و التكهيل بالأسود أو بغيره مما فيه زينه بلونه أو بغيره» «٢».

و فى تفصيل الشريعة: «و المراد منه ترك كل ما يعدّ زينه، و اريد به التزين للزوج ... و من المعلوم اختلاف ذلك بحسب الأشخاص من جهة السنّ، و من جهة الغنى و الفقر، و من جهة الشرف و غيره، و بحسب الأزمان و الأمكنة ... و أمّا مثل تنظيف البدن ... و تزيين الأولاد فلا مانع منه» «٣».

قال الشيخ: «المتوفى زوجها إذا كانت صغيرة عليها الحداد بلا- خلاف، و ينبغى لوليها أن يجنبها ما يجب على الكبيرة اجتنابه من الحداد» «٤».

و تبعه ابن البراج «٥» و المحقق «٦». و ظاهر المسالك أن هذا الحكم اتفقت، حيث لم يشر إلى خلاف فيه «٧». و قال فى الجواهر: «يستوى ذلك فى الصغيرة، و الكبيرة و المسلمة و الذميمة، كما صرح به غير واحد، بل ظاهر المسالك المفروغية منه، بل عن الشيخ فى الخلاف نفي الخلاف فيه» «٨»

(١) المصباح المنير: ١٢٤.

(٢) جواهر الكلام ٣٢: ٢٧٦.

(٣) تفصيل الشريعة، كتاب الطلاق و الموارث: ١٥٤-١٥٥.

(٤) الخلاف ٥: ٧٣، المبسوط للطوسى ٥: ٢٦٥.

(٥) المهذب ٢: ٧٣٩.

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٣٨.

(٧) مسالك الأفهام ٩: ٢٧٨.

(٨) جواهر الكلام ٣٢: ٢٨١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١١١

و ذهب إلى هذا القول الشافعى «١» و ابن قدامة «٢» و بعض الآخر من فقهاء أهل السنة «٣» أيضاً.

و يدل على ذلك الإجماع الذى ادّعاه فى الجواهر «٤» و الرياض «٥» و المسالك «٦» و هكذا إطلاق النصوص المعتمدة:

منها: صحيحة

ابن أبى يعفور، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن المتوفى عنها زوجها؟ قال: «لا تكتحل للزينة و لا تطيب، و لا تلبس ثوباً مصبوغاً، و لا تبيت عن بيتها، و تقضى الحقوق، و تمتشط بغسله، و تحجّ و إن كان فى عدتها» «٧».

و منها: خبر

أبى العباس قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: المتوفى عنها زوجها قال:

«لا تكتحل لزينه، و لا تطيب، و لا تلبس ثوباً مصبوغاً» «٨».

و لكن استشكل فيه ابن إدريس، حيث قال: «ولى فى الصغيرة نظر؛ لأن لزوم الحداد حكم شرعى و تكليف سمعى، و التكليف لا تتوجه إلّا إلى العقلاء» «٩».

و فى المختلف: «و قول ابن إدريس: لا بأس به؛ لأن الحداد هو ترك ما يحصل به الجمال و الزينه، و لبس الثياب المزعفرات و الملونات التى تدعو النفس إليها و تميل الطباع نحوها، و هو إنّما يؤثّر فى البالغ دون الصبيّة غالباً» «١٠». و قواه فى

(١) الامّ ٥: ٢٣٢، المجموع ١٩: ٢٦٩، المبسوط للسرخسى ٦: ٦٠.

(٢) المغنى ٩: ١٦٦، الشرح الكبير ٩: ١٤٦.

(٣) الكافي فى فقه الإمام أحمد ٣: ٢١٠.

(٤) جواهر الكلام ٣٢: ٢٧٦.

(٥) رياض المسائل ٧: ٣٧٨.

(٦) مسالك الأفهام ٩: ٢٧٦.

(٧) وسائل الشيعة ١٥: ٤٥٠، الباب ٢٩ من أبواب العدد، ح ٢.

(٨) نفس المصدر و الباب، ح ٣.

(٩) السرائر ٢: ٧٣٩.

(١٠) مختلف الشيعة ٧: ٤٧٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١١٢

الحدائق «١» و كشف اللثام «٢» و الجامع للشرائع «٣». و أفتى به السيد الخوئي «٤» و اختاره أبو حنيفة «٥». و مال إليه فى الرياض «٦». و قال فى تحرير الوسيلة: فى المسألة قولان، أشهرهما الوجوب، بمعنى وجوبه على ولي الصغير و المجنونة، فيجنبهما عن التزيين ما دامتا فى العدة، و فيه تأمل و إن كان أحوط «٧».

و أورد على ابن ادريس فى الجواهر بقوله: «لا- يخفى على من رزقه الله فهم اللسان مساواة الأمر بالحداد؛ للأمر بالاعتداد الذى لا خلاف بين المسلمين- فضلاً عن المؤمنين- فى جريانه على الصغيرة، على معنى تكليف الولي بالتربص بها فيجرب مثلها فى الحداد، و لا- حاجة إلى الإشارة فى النصوص إلى خصوص ذلك؛ ضرورة معلومية توجه التكليف إلى الأولياء فى كل ما يراد عدم وجوده فى الخارج، نحو ما سمعته فى مسّ الطفل و المجنون كتابه القرآن، و بالجملة: فالمراد التربص بها هذه المدّة مجردة عن الزينة، و هو معنى يشمل الصغير و الكبير» «٨».

و الإنصاف أنّ ما اختاره ابن ادريس و من تبعه فى مقابل قول المشهور وجيه «٩»،

(١) الحدائق الناضرة ٢٥: ٤٧٤.

(٢) كشف اللثام ٨: ١١٩.

(٣) الجامع للشرائع: ٤٧٢.

(٤) منهاج الصالحين ٢: ٢٩٩.

(٥) بدائع الصنائع ٣: ٣٣١، المجموع شرح المهذب ١٩: ٢٦٩، المبسوط للسرخسى ٦: ٦٠.

(٦) رياض المسائل ٧: ٣٧٩.

(٧) تحرير الوسيلة ٢: ٣٢٢ مسألة ٦.

(٨) جواهر الكلام ٣٢: ٢٨١.

(٩) الإنصاف أنّه لا وجهه لما ذهب إليه ابن ادريس، و لا مجال هنا للاستدلال برفع القلم؛ فإنّه بعد صحّة تزويج الصغيرة يترتب عليه آثاره من قبيل الاعتداد للوفاء، و من الواضح وجود الملازمة الشرعية بين الحداد و عدّة الوفاء، كما أنّه لا مجال للاستدلال برفع القلم بالنسبة إلى نفى الاعتداد.

و بالجملة: حديث الرفع دالّ على النفى بالنسبة إلى التكليف الابتدائية، أمّا بالنسبة إلى الموضوعات التى قد أحدثها الصبيّ أو الصبيّة

فلا- دلالة فيه، و بما أن المقام من قبيل الثانى فلا يشمل الحديث، كما أنه إذا أحرمت الصبيّة فتجب عليه الاجتناب عن المحرمات إجماعاً، فتدبر. م ج ف.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١١٣

لرفع القلم عن الصغيرة، و لأجل هذا تنصرف النصوص عنها، و لا يجب على الولي أن يكلفها على الحداد؛ لأنّ ماهية حكم وجوب الحداد على نحو تتوجه بالمرأة فقط و لا- تشمل الصبيّة، كما يشعر إليها بعض النصوص «١»، و قياس هذا بوجوب حفظ الطفل و المجنون عن مسّ كتابه القرآن مع الفارق.

و على فرض الشكّ يدفع عن الولي بالأصل، و ينتج عدم وجوب شىء عليه، إلّا أن يتمّ الإجماع فى المسألة و هو مشكل؛ لمخالفة بعض الفقهاء و ذهبهم على عدم وجوب الحداد على الصغيرة، فلا يكون القول بوجوبه عليها كاشفاً عن رأى المعصوم عليه السلام.

(١) سنن أبى داود ٢: ٥٠٢ ح ٢٣٠٤، سنن البيهقى ٧: ٤٣٩ - ٤٤٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١١٤

المبحث السابع: عدم الولاية على الطلاق

إشارة

قد تقدّم أنّ للأب و الجدّ و غيرهما ولاية على تزويج الصغار، و هنا سؤال؛ و هو أنه هل كان للوليّ الولاية على الطلاق كالنكاح أم لا؟

قد صرح الفقهاء بعدم الولاية على الطلاق، بل كان هذا إجماعياً بينهم؛ سواء كان الوليّ أباً أو جدّاً أو غيرهما، فلو طلق وليه عنه لم يصحّ.

قال الشيخ رحمه الله: «و الغلام إذا طلق و كان ممّن يحسن الطلاق و قد أتى عليه عشر سنين فصاعداً جاز طلاقه، و كذلك عتقه و صدقته و وصيته... و لا يجوز لوليه أن يُطلق عنه، اللهم إلّا أن يكون قد بلغ و كان فاسد العقل؛ فإنّه و الحال على ما ذكرناه جاز طلاق الوليّ عنه» «١».

و به قال فى المهذب «٢» و السرائر «٣». و اختاره الفاضلان «٤» و ابنا سعيد «٥» و حمزة «٦» و الكيدرى «٧» و الفاضل المقداد «٨» و الشهيدان «٩». و به قال أيضاً جماعة من المتأخرين «١٠»

(١) النهاية للطوسى: ٥١٨.

(٢) المهذب لابن البرّاج ٢: ٢٨٨.

(٣) السرائر ٢: ٦٧٢ - ٦٧٣.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ١٢، المختصر النافع: ٢٢١، قواعد الأحكام ٣: ١٢١، إرشاد الأذهان ٢: ٤٢.

(٥) الجامع للشرائع: ٤٦٦.

(٦) الوسيلة: ٣٢٣.

(٧) إصباح الشيعة: ٤٥٣.

(٨) التنقيح الرائع ٣: ٢٩٤.

(٩) اللعة الدمشقية: ١٢٣، مسالك الأفهام ٩: ١١.

(١٠) نهاية المرام ٢: ٨، مفاتيح الشرائع ٢: ٣١٣، رياض المسائل ٧: ٢٨٥، الحدائق الناضرة ٢٥: ١٥٣، كفاية الفقه ٢: ٣١٧، تحرير

الوسيلة ٢: ٣٠٩، تفصيل الشريعة، كتاب الطلاق و المواريث: ١٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١١٥

أدلة عدم جواز طلاق الولي عن الصبي

و استدلووا على هذا الحكم بوجوده:

الأول: الإجماع الذي ادّعه الشيخ في الخلاف «١»، و ادّعه أيضاً الفاضل الاصفهاني «٢» و السيد صاحب المدارك «٣» و صاحب

الجواهر «٤» و حكاة في الرياض «٥» عن جماعة.

الثاني: استصحاب بقاء الزوجية إذا طلقها الولي، كما أشار إليه في كشف اللثام «٦» و الجواهر «٧» و الخلاف «٨» و الرياض «٩».

الثالث: أنه لم تثبت الملازمة بين صحّة النكاح و صحّة الطلاق، فإذا جاز لولي الصغير تزويجه فلا يلزم جواز صحّة الطلاق عنه، كما

في تفصيل الشريعة «١٠».

الرابع: و هو العمدة، النصوص:

منها: النبوي المقبول بين الفريقين، الذي قال صلى الله عليه و آله و سلم:

«الطلاق بيد من أخذ بالساق» «١١»

و أشار إليه المحقق في الشرائع، حيث قال: «لاختصاص الطلاق

(١) الخلاف ٤: ٤٤٢ المسألة ٢٩.

(٢) كشف اللثام ٨: ٧.

(٣) نهاية المرام ٢: ٨.

(٤) جواهر الكلام ٣٢: ٥-٦.

(٥) رياض المسائل ٧: ٢٨٥.

(٦) كشف اللثام ٨: ٦.

(٧) جواهر الكلام ٣٢: ٥-٦.

(٨) الخلاف ٤: ٤٤٢ مسألة ٢٩.

(٩) رياض المسائل ٧: ٢٨٥.

(١٠) تفصيل الشريعة، كتاب الطلاق و المواريث: ١٥.

(١١) سنن ابن ماجه ٣: ٤٦٩ ح ٢٠٨١، سنن الدارقطني ٤: ٢٤-٢٥ ح ٣٩٤٦-٣٩٤٨، السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٣٦٠، كنز العمال ٩:

٦٤٠ ح ٢٧٧٧٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١١٦

بمالك البضع «١».

و قال في المسالك: أشار بهذا التعليل إلى الرواية عنه صلى الله عليه و آله و سلم قال:

«الطلاق بيد من أخذ بالساق».

و المبتدأ منحصر في خيره، و هو يقتضى انحصار وقوع الطلاق المعتبر في الزوج المستحق للوصف «٢». و في الجواهر: «و يدل بمقتضى الحصر على اختصاص الطلاق بمالك البضع على وجه ينافى الطلاق بالولاية، دون الوكالة التي هي في الحقيقة طلاق من المالك عرفاً» «٣».

و منها: رواية فضل بن عبد الملك - و عبر عنها السيد صاحب المدارك «٤» بالصحيحة -

قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير؟ قال:

لا بأس. قلت: يجوز طلاق الأب؟ قال: لا.

الحديث «٥».

و منها: موثقة

عبيد بن زرارة «٦»، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الصبي

(١) شرائع الإسلام ٣: ١٢.

(٢) مسالك الأفهام ٩: ١١.

(٣) جواهر الكلام ٣٢: ٥-٦.

(٤) نهاية المرام ٢: ٨. و اعلم أنه قدس سره لا يعمل إلا بالأحاديث الصحيحة، و لم يكن في السند من يغمض عنه إلا عبد الله بن محمّد، و الظاهر هو عبد الله بن محمّد بن عيسى أخو أحمد بن محمّد بن عيسى الأشعري، بقرينة الراوى و المروى عنه و بحسب طبقتهم، و لم يوثقه الرجاليون، إلا أنه سمعت عن الاستاذ آية الله الزنجاني دام ظلّه أنه معتبر، و لعله لكثرة روايته الأجلء عنه، و قال الوحيد في التعليقة: و روى عنه محمّد بن أحمد بن يحيى، و لم يستثن روايته، و فيه إشعار بالاعتماد عليه، بل لا يبعد الحكم بوثاقته. منهج المقال (الرجال الكبير): ٧٢، الطبعة الحجرية.

(٥) وسائل الشيعة ١٥: ٣٢٦ الباب ٣٣ من أبواب مقدمات الطلاق، ح ١.

(٦) ربما يتوهم أن في سندها إشكال من جهة قاسم بن عروة حيث إنه لا توثيق له في الرجال و لكنّه موثّق من جهات: ١- إن الشيخ المفيد رحمه الله وثّقه في كتاب المسائل الصاغائية، «سلسلة موثقات الشيخ المفيد ٣: ٧١»، ٢- و كثرة روايته الأجلء عنه كابن أبي عمير و ابن فضال و البرقي و حسين بن سعيد و عباس بن معروف و غيرهم، ٣- و روايته ابن أبي عمير و البرزطي عنه.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١١٧

يزوج الصبي هل يتوارثان؟ قال: إن كان أبواهما هما اللذان زوّجاهما فنعم.

قلنا: يجوز طلاق الأب؟ قال: لا.

و رواها الشيخ بطريق صحيح، و الصدوق بطريق معتبر إلى قوله: فنعم، و زاد: قال القاسم، فإذا كان أبواهما حين فنعم. و كذا رواه أحمد بن محمّد بن عيسى في نوادره «١».

و منها: صحيحة

الحلبى قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره، أيجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: «أما تزويجه فهو صحيح، و أما طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك، فيعلم أنه كان قد طلق، فإن أقر بذلك و أمضاه فهي واحدة بائنة، و هو خاطب من الخطاب، و إن أنكرك ذلك و أبى أن يمضيه فهي امرأته»

الحديث «٢».

و منها: صحيحة

محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام لأنّ في ذيلها: قلت له:

فهل يجوز طلاق الأب على ابنه في صغره؟ قال: «لا» (٣)

آراء فقهاء أهل السنّة في هذه المسألة

المشهور بينهم أيضاً أنّه لا ولاية للأولياء أباً كان أو غيره على الطلاق، و لو طلق وليّ الصبّي امرأته لم يصحّ، فنذكر فيما يلي شرطاً من كلماتهم:

أ- الحنفية

في المبسوط للسرخسي: «و خلع الصبّي و طلاقه باطل؛ لأنّه ليس له قصد معتبر شرعاً، خصوصاً فيما يضرّه ... ثمّ قال: و كذلك فعل أبيه عليه في الطلاق

(١) الكافي ٧: ١٣٢ ح ٣، تهذيب الأحكام ٩: ٣٨٢ ح ١٣٦٥، الفقيه ٤: ٢٢٧ ح ٧٢٠، نوادر ابن عيسى: ١٣٥ ح ٣٥٠، وسائل الشيعة ١٥:

٣٢٦ الباب ٣٣ من أبواب مقدّمات الطلاق، ح ٢، و ج ٢٦: ٢٢٠، أبواب ميراث الأزواج ب ١١ ح ٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٥٢٨ الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، ح ٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ٢٠٨-٢٠٩ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح، ح ٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١١٨

باطل؛ لأنّ الولاية إنّما تثبت على الصبّي لمعنى النظر له و لتحقّق الحاجة إليه، و ذلك لا يتحقّق في الطلاق و العتاق» (١) و أشار إلى هذا المعنى أيضاً في ردّ المحتار (٢).

ب- الشافعية

في المهذب: «و لا يجوز للأب أن يطلق امرأة الابن الصغير بعوضٍ و غير عوضٍ» (٣)، و كذلك في شرحه (٤).

و قال الماوردي: «لا يجوز لوليّ الصبّي و المجنون من أب و لا غيره أن يطلق عنه و لا يخالع، فإن طلق لم يقع طلاقه و لم يصحّ خلعه

...

ثمّ قال: دليلنا قول النبيّ صلى الله عليه و آله و سلم: الطلاق لمن أخذ بالساق (٥). معناه إنّما يملك الطلاق من ملك الأخذ بالساق؛

يعنى البضع، و الوليّ لا يملك البضع فلم يملك الطلاق، و لأنّ كلّ من لم يملك البضع لم يملك بنفسه الطلاق، كالأجنبيّ «...» (٦).

ج- المالكية

أنّهم قائلون بصحّة طلاق الوليّ إذا كان بعوضٍ، و عدم جوازه إذا طلق عنه بغير عوضٍ.

قال ابن شاس: «أركان الخلع أربعة: العاقدان و العوضان. الأوّل: الموجب، و شرطه أن يكون مكلفاً زوجاً، أو من اقيم مقامه، كالأب

في غير البالغ من بنيه إذا أخذ له شيئاً» (٧...٧) و كذا في شرح الكبير (٨)

(١) المبسوط للسرخسي ٦: ١٧٨.

(٢) حاشية ردّ المحتار لابن عابدين ٣: ٢٣٠.

(٣) المهذب في فقه الإمام الشافعي ٢: ٧١.

(٤) المجموع شرح المهذب للنووي ١٨: ١٣٩.

(٥) تقدّم تخريجه في ص ١١٣.

(٦) الحاوى الكبير ١٢: ٣٧٩.

(٧) عقد الجواهر الثمينة ٢: ١٤١.

شيرازى، قدرت الله انصارى و پژوهشگران مركز فقهى ائمه اطهار عليهم ا، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ٤ جلد، مركز فقهى ائمه اطهار عليهم السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٩ هـ ق موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها؛ ج ٢، ص: ١١٨

(٨) حاشية الدسوقى ٢: ٣٦٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١١٩

و فى بداية المجتهد: «و قال مالك: يخالغ الأب على ابنته الصغيرة كما ينكحها، و كذلك على ابنه الصغير؛ لأنه عنده يطلق عليه، و الخلاف فى الابن الصغير. قال الشافعى و أبو حنيفة: لا يجوز؛ لأنه لا يطلق عليه عندهم، و الله أعلم» (١).
و استدلى فى الحاوى الكبير لهذا القول: «بأن طلاقه بعوضٍ كالبيع بغير عوضٍ، كالهبة، و لوئيه أن يبيع ماله و ليس له أن يهبه» (٢).
د- الحنابلة

فى مذهبه أيضاً قولان:

أحدهما: يملك الولي؛ أى يملك تطليق زوجة الصغير الذى تحت ولايته، و هو قول عطاء و قتادة، لأن ابن عمر طلق على ابن له معتوه. رواه أحمد.

و عن عبد الله بن عمرو أن المعتوه إذا عبث بأهله طلق عليه وليه ... و لأنه يصح أن يزوجه فيصح أن يطلق عليه إذا لم يكن متهماً، كالحاكم يفسخ للإعسار و يزوج الصغير.

و القول الآخر: لا يملك ذلك، و هو قول أبى حنيفة و الشافعى؛ لأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم قال:

الطلاق لمن أخذ بالساق ...

و لأنه إسقاط لحقه، فلم يملكه كالإبراء من الدين و إسقاط القصاص، و لأن طريقة الشهوة، فلم يدخل فى الولاية (٣).

و قال النووى: «لا يجوز أن يخلع البنت الصغيرة من زوجها بعوضٍ من مالها؛ لأنه فى خلعهما يسقط حقه من المهر و النفقة و الاستمتاع» (٤)

(١) بداية المجتهد ٢: ٦٨.

(٢) الحاوى الكبير ١٢: ٣٧٩.

(٣) المغنى ٨: ٢٢١.

(٤) المجموع شرح المهذب ١٨: ١٣٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٢٠

فروع

بعد ما تحقّق أنه ليس للولى أن يطلق زوجة الصغير الذى تحت ولايته، لا بدّ من ذكر فرع يناسب هذا المقام، و هو: - كما فى المناهل - أنه إذا عقّد الولي من الأب و الجد له على امرأة بكرة كانت أو ثيباً لولده الصغير الذى لم يبلغ، و زوجها منه على وجه الانقطاع و التمتع إلى مدّة معيّنة، ولاية عنه و ملاحظة لمصلحته، فلا إشكال فى صحّة هذا العقد، و هل يجوز و يصح لهذا الولي أن يهب للزوجة المتمتع بها بعض المدّة المفروضة فى أثنائها قبل بلوغ الصغير ولاية عنه، حيث يرى مصلحته فى ذلك أم لا؟ فيكون الإبراء و هبة المدّة كالطلاق فى عدم جوازه من الولي.

- إلى أن قال: - لم أجد إلى الآن أحداً من أصحابنا المتقدمين و لا من المتأخرين و لا من متأخريهم تعرّض لهذه المسألة من الجواز و العدم» (١).

و المسألة ذات وجهين: من عموم أدلة الولاية المقتضى لشمولها هذا المورد، و من أن الحكمة المقتضية لمشروعيتها ولاية الولي في الجملة يقتضى العموم قطعاً، و الخروج في الطلاق لا ينافيه؛ لأنه بسبب ورود دليل خاص. و أيضاً لاتّحاد طريق المسألتين؛ فإنّ طريق جواز تصرفه في المال هو الطريق في جواز تصرفه في اموره.

هذه الوجوه تستدعي أنه يجوز للولي أن يهب للزوجة المتمتع بها المدّة المفروضة في أثنائها.

و لكن في قبال هذه الوجوه: أن الأصل عدم ثبوت ولاية الولي في إبراء المدّة، كما لم تثبت في الطلاق، و أن الأصل بقاء الزوجية و عدم حصول التفريق بين الزوجين بمجرد هبة الولي للمدّة.

و بالجملة: ولاية الولي على خلاف الأصل، فيلزم فيه الاقتصار على ما قام

(١) المناهل: ٥٥٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٢١

دليل من الأدلة الأربعة على ثبوتها، و الوجوه التي تدلّ على ولاية الولي لم يثبت شمولها لمحلّ البحث.

قال في كشف الغطاء: «من ثبت له ولاية فلا بدّ فيها من الاقتصار على المورد المتيقن و الشروط المقررة» (١).

و قال في المناهل: «و المسألة في غاية الإشكال، فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط، و أضاف أن القول الأول هو الأقرب.

و قد حكى هذا القول عن الميرزا المهدي المشهدي و الشيخ جعفر النجفي، و اختاره الفاضل القمي صاحب القوانين، محتجاً عليه بأن الأصل في الولي صحّة تصرفاته إلّا ما قام الدليل على المنع، و مستنده في هذا الأصل هو الاستقراء، و من المعلوم صحّة تصرفاته في كثير من الامور، كالبيع و الشراء و الإكساء و الإسكان و الزرع و الضرع و الإجارة و المضاربة و الأخذ بالشفعة و الرهن و تعليم الصنائع و العلم و الآداب و النكاح، و استيفاء الحقوق مثل القصاص و الديات و قطع الدعاوى (٢).

و قال السيد الخوئي: «هل يجوز لولي الصبي أن يهب المتمتع بها المدّة؟ قولان:

أظهرهما الجواز» (٣).

نقول: الأقرب - كما قال صاحب المناهل - القول الأوّل، للوجوه التي ذكرها و إن كان مقتضى الاحتياط هو القول الثاني، و الله هو العالم.

تنبيه

في آخر الكلام يلزم أن نشير إلى أنه يكون للأب و الجدّ و الوصيّ منهما

(١) كشف الغطاء ١: ٢٠٩.

(٢) هذا ما يستفاد من مطاوى كلام المناهل بطوله: ٥٥٢ و ما بعدها.

(٣) منهاج الصالحين ٢: ٢٩٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٢٢

و الحاكم أنواع آخر من الولاية على النفس، كولايتهم على تأديب الصغار و على إحرامهم في الحجّ و غيرها سنذكرها في الأبواب التي تناسب البحث عنها، و التي سنعدها للتحقيق في الأحكام المذكورة إن شاء الله تعالى.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٢٣

الفصل الثامن في النظر إلى الصبي و الصبية و لمسهما و تقبيلهما

تمهيد

لا- خلاف في أنه لا يجوز للرجل لمس الأجنبية و لا النظر إليها، و استثنى جماعة الوجه و الكفين، و لا للمرأة لمس الأجنبي و النظر إليه سواء كان شهوة أم لا؟
و سواء كان مع خوف الفتنة أو الأمن منها «١»

(١) و يدل على حرمة النظر- مضافاً إلى الإجماع بل الضرورة من المذهب و الدين- قوله تعالى: «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَ يَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ» * وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَ يَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ ... سورة النور ٢٤: ٣٠ و ٣١، و كذا النصوص الكثيرة: مثل ما رواه علي بن عقبه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: «النظرة سهم من سهام إبليس مسموم، و كم من نظرة أورت حسرة طويلاً».

و كذا

ما روى عنه و عن أبيه عليهما السلام قالوا: «ما من أحد إلّا و هو يصيب حظاً من الزنا، فزنا العينين النظر» ، الحديث و غيرهما.

وسائل الشيعة ١٤: ١٣٨ الباب ١٠٤ من أبواب مقدمات النكاح و آدابه، ح ١ و ٢.

و

ما روى عن طريق أهل السنة أنّ النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال: «إنّ الله كتب على ابن آدم حظّه من الزنا، أدرك ذلك لا محالة، فزنا العين النظر وزنا اللسان المنطق و النفس تمنى و تشتهى و الفرج يصدّق ذلك كله و يكذّبه» . صحيح البخارى ٧: ١٦٨ ح ٦٢٤٣، صحيح مسلم ٤: ١٦٢٤ ح ٢٦٥٧، و سنن أبي داود ٢: ٤٢٢ ح ٢١٥٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٢٤

و أمّا حكم نظر الرجل للصبية و الصبي و لمسهما و تقبيلهما، و هكذا نظر الصبي المميّز للصبية و لمسها و تقبيلها و بالعكس، و كذا نظر المرأة الصبي و الصبية و لمسهما و تقبيلهما؟ فعدنا هذا الفصل للتحقيق فيها، (و فيه مباحث):

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٢٥

المبحث الأول: النظر إلى جسد الصبية و الصبي و عورتها

أ- النظر إلى الصبية

إشارة

الظاهر أنه لا خلاف في جواز نظر الرجل إلى الصبية الصغيرة التي ليست في مظنة الشهوة إذا لم يكن بتلذذ و شهوة و خوف الفتنة.

قال العلامة في التذكرة: «الصبيّة الصغيرة التي ليست في مظنة الشهوة يجوز للرجل النظر إليها؛ لأنّ داعي الشهوة منفيّ بالنسبة إليها، و لا فرق بين حدّ العورة و غيره، لكن لا يجوز النظر إلى فرجها.

و أما إن كانت في مظنة الشهوة فلا يجوز النظر إليها» (١). و كذا في التحرير (٢) و الإيضاح (٣).

و قال المحقق الثاني: «إن كانت صبيّة صغيرة لم تبلغ مبلغاً تكون في مظنة الشهوة، يجوز النظر إليها؛ لانتفاء داعي الشهوة الذي هو مناط التحريم، و تجوز تغسيل الأجنبية بنت ثلاث سنين مجردة يتبه لذلك» (٤).

و تبعه في المسالك (٥). و كذا في الرياض (٦) و الحدائق (٧). و ذهب إليه أيضاً

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٧٤، الطبعة الحجرية.

(٢) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٤٢١.

(٣) إيضاح الفوائد ٣: ٨.

(٤) جامع المقاصد ١٢: ٣٣.

(٥) مسالك الأفهام ٧: ٤٩.

(٦) رياض المسائل ٦: ٣٧١.

(٧) الحدائق الناضرة ٢٣: ٦٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٢٦

في الجواهر (١) و تفصيل الشريعة (٢) و غيرها (٣).

و قال الشيخ الأعظم: «ثم إن جواز النظر إلى الصبيّة مشروط بعدم الوصفين، أعنى التلذذ و الريبة و يحرم معهما، و مع مظنتهما يكره» (٤).

أدلة جواز النظر إلى الصغيرة

و يمكن أن يستدل لإثبات هذا الحكم بأمور:

الأول: عدم وجود المقتضى (٥) للحرمة؛ لأنّ قوله- سبحانه:- (وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ) ... الآية (٦) مختصّ بالبالغات، حيث إنّ التكليف لا- يشمل غير البالغ (٧)، فلا- يجب على الصبيّة التستر، و من هنا يجوز النظر إليها باعتبار أنّ حرمة النظر إلى المرأة إنّما استفيدت (٨) من وجوب التستر عليها؛ لأنّ التستر لا موضوعية له، و إنّما هو مقدّمة لعدم النظر إليها، و حيث إنّ وجوب التستر

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٨٢-٨٥.

(٢) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٤ و ٤٦.

(٣) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٨٧-٨٩، مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٣٨، مهذب الأحكام ٢٤: ٤٧، تحرير الوسيلة ٢: ٢٣٢ مسألة ٢٤.

(٤) كتاب النكاح ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٥٩.

(٥) يمكن أن يقال: إنّ المقتضى للحرمة إطلاق قوله- تعالى:- «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ» إلّا أن يدعى الانصراف إلى المنظورة التي تكون بالغة، و هو ليس ببعيد. م ج ف.

(٦) سورة النور (٢٤): ٣١.

(٧) نعم، و لكنّ الكلام فى تكليف البالغ بالنسبة إلى الصغيرة. م ج ف.

(٨) و الظاهر أنّ الملازمة ثابتة بين وجوب التستر و حرمة النظر لا فى عكسهما، فلا يصحّ أن يقال: إذا كان التستر غير واجب فالنظر أيضاً جائز بالملازمة، و لعلّه لأجل هذا تمسك الشيخ الأنصارى بعدم القول بالفصل لا بالملازمة، و الفرق بينهما واضح، كما أنه أفتى أو احتاط بعض بجواز الكشف فى الرجل مع عدم جواز نظر الأجنبية إليه فراجع. م ج ف.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٢٧

غير ثابت على الصبيّة فلا بأس بالنظر إليها «١».

الثانى: الأصل، قال الشيخ الأعظم: «لو كانت المنظورة غير بالغة فيجوز للرجل النظر إليها؛ للأصل» «٢».

الثالث: السيرة العملية القطعية المتصلة ظاهراً بزمن المعصوم عليه السلام «٣».

الرابع: طوائف من الروايات:

منها: ما ورد فى تغسل الرجل و المرأة الصغيرة و الصغير، كرواية أبى النمير الذى رواها المشايخ الثلاثة-

قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: حدّثنى عن الصبيّ إلى كم تغسله النساء؟ فقال: «إلى ثلاث سنين» «٤».

و رواية

عمّار الساباطى، عن أبى عبد الله عليه السلام، أنه سئل عن الصبيّ تغسله امرأة؟ فقال: «إنما يغسل الصبيان النساء». و عن الصبيّة تموت و لا تصاب امرأة تغسلها؟ قال: «يغسلها رجل أولى الناس بها» «٥».

و ضعف سندهما منجبرٌ بالشهرة بين الأصحاب، بل بالإجماع الذى ادّعاه فى التذكرة «٦» و المنتهى «٧» و النهاية «٨».

و فى الجواهر: «بل الإجماع عليه محصل فضلاً عن المنقول» «٩»

(١) مبانى العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٨٧-٨٨، مستند الشيعة ١٦: ٣٤، مهذب الأحكام ٢٤: ٤٧.

(٢) كتاب النكاح ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٥٨.

(٣) مهذب الأحكام ٢٤: ٤٧، تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٤.

(٤) وسائل الشيعة ٢: ٧١٢ الباب ٢٣ من أبواب غسل الميت، ح ١.

(٥) وسائل الشيعة ٢: ٧١٣ الباب ٢٣ من أبواب غسل الميت، ح ٢.

(٦) تذكرة الفقهاء ١: ٣٦٧.

(٧) منتهى المطلب ١: ٤٣٦، الطبعة الحجرية.

(٨) نهاية الأحكام فى معرفة الأحكام ٢: ٢٣١.

(٩) جواهر الكلام ٤: ٧٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٢٨

و يشهد له التسع فى كلمات الفقهاء، إذ لم يوجد خلاف بين أصحابنا المتقدمين و المتأخرين.

و منها: و ما ورد فى عدم وجوب القناع على الصغيرة، و جواز تكشّف المرأة عند الصبيّ:

١- كصحيحة

محمد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «لا يصلح للجارية إذا حاضت إلّا أن تختمر «١» إلّا أن لا تجده» «٢».

حيث إنّ مفهوم الشرط يدلّ على عدم وجوب الاختمار قبل البلوغ، فلا بأس بالنظر إليها؛ لأنّ وجوب التستر عليها مقدّمة لعدم النظر

إليها، فإذا لم يجب التستر جاز النظر؛ للتلازم عرفاً بين عدم وجوب التستر، و جواز النظر بالإضافة إلى المنط.

٢- صحيحة

عبد الرحمن الحجاج قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الجارية التي لم تدر ك متى ينبغي لها أن تغطي رأسها ممن ليس بينها وبينه محرم؟ و متى يجب عليها أن تفتح رأسها للصلاة؟ قال: «لا تغطي رأسها حتى تحرم عليها الصلاة» (٣).

يعنى حتى تحيض؛ فإنها تدلّ بوضوح على عدم وجوب التستر عليها، و جواز إبدائها لشعرها ما لم تحض، و بثبوت ذلك يثبت جواز النظر إليها بالملازمة العرفية كما تقدم (٤)

(١) «و اختمرت المرأة: أى لبست خمارها و غطت رأسها» مجمع البحرين ١: ٥٥٣ مادة خمر. و كذا فى لسان العرب ٢: ٣١٤ خمر. و قال فى مجمع البيان ٧: ٣١٦: «و الخمر: المقانع جمع خمار، و هو غطاء رأس المرأة» و كذا فى الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٢: ٢٣٠.

(٢) وسائل الشيعة ١٤: ١٦٨، الباب ١٢٦ من أبواب مقدمات النكاح، ح ١.

(٣) نفس المصدر و الباب، ص ١٦٩ ح ٢.

(٤) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٨٧-٨٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٢٩

قال فى المستمسك: «و الصحيحة و إن كانت ظاهرة فى جواز تكشّف الصبيّة للبالغ، لكنّها تدلّ بالملازمة العرفية على جواز نظره إليها» (١).

٣- صحيحة

البنزطى، عن الرضا عليه السلام قال: «يؤخذ الغلام بالصلاة و هو ابن سبع سنين، و لا تغطي المرأة شعرها منه حتى يحتلم» (٢).

٤- صحیحته الاخرى

عن الرضا عليه السلام قال: لا تغطي المرأة رأسها من الغلام حتى يبلغ الغلام» (٣).

قال الشيخ الأعظم: «و هاتان الروايتان و إن دلّتا على جواز تكشّف المرأة عند الصبي، إلّا أنّهما تدلّان على جواز نظر الرجل إلى الصبيّة، بعدم القول بالفصل» (٤).

و الحاصل: أنّه إذا لم يكن نظر الرجل إلى الصغيرة بتلذذ و شهوة و ريبه، و لم يكن خوف افتتان، يجوز ذلك و لا خلاف فيه.

و ظاهر بعضها أنّه يجوز النظر إليها قبل البلوغ، كما استظهره فى العروة و التعليقات عليها (٥).

و لكن قال السيد أبو الحسن الاصفهاني فى الوسيلة بالاحتياط الوجوبى، بأنّه يقتصر على مواضع لم تجر العادة على سترها بالألبسة المتعارفة، مثل الوجه و الكفين و شعر الرأس و الذراعين و القدمين، لا مثل الفخذ و الأليين و الظهر و الصدر، و الثديين (٦)

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٣٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٤: ١٦٩ الباب ١٢٦ من أبواب مقدمات النكاح، ح ٣.

(٣) نفس المصدر و الباب ح ٤.

(٤) كتاب النكاح، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٥٩.

(٥) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٤٩٧.

(٦) وسيلة النجاة ٢: ٢٣٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٣٠

و قال فى تحريرها: «الأحوط و الأولى ذلك، و لا ينبغى ترك الاحتياط فيها» (١). و كذا فى تفصيل الشريعة، و زاد أنه «و إن نوقش بل قيل: بعدم صدق العورة المضافة إلى المؤمن و المؤمنة و الرجل و المرأة قبل تحقق البلوغ» (٢). و هذا الاحتياط حسن.

عدم جواز النظر إلى الصغيرة مع تلذذ و شهوة

ظهر مما ذكرنا أنه لا يجوز للرجل النظر إلى الصبية مع الشهوة و التلذذ، و يدلّ عليه ما ذكر فى تفسير قوله تعالى: (قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ) (٣... ٣) من أن مقتضى هذه الآية و كذا قوله - تعالى -: (وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ) (٤) هو حرمة جميع الاستمتاعات الجنسية على الإطلاق بالنسبة إلى غير الزوجة و المملوكة، فيستفاد منها أنه لا يجوز للرجل الاستمتاع و التلذذ بالنظر إلى الصبية (٥). (٦)

و كذا يشملها إطلاق النصوص الكثيرة التى تدلّ على حرمة النظر إلى الأجنبية، مثل ما رواه على بن عقبه - فى المعبر - عن أبيه، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: «النظرة سهم من سهام إبليس مسموم، و كم من نظرة أورثت

(١) تحرير الوسيلة ٢: ٢٣٢.

(٢) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٥.

(٣) سورة النور ٢٤: ٣٠.

(٤) سورة المؤمنون ٢٣: ٥.

(٥) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٩٠.

(٦) و الإنصاف عدم تمامية الاستدلال بهذه الآيات الشريفة، كما أن الاستدلال بالإطلاق الآتى غير تام، و الحق أن يقال: إن المتيقن من جواز النظر إلى الصغيرة هو النظر مع عدم التلذذ و الريبة، مضافاً إلى أن المستفاد من مذاق الشرع ذلك. م ج ف.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٣١

حسرة طويلة» (١)

و غيره (٢).

مضافاً إلى أن ملاك الحرمة - و هو المفسدة و خوف الوقوع فى الفتنة و ابتلاء الناظر بما هو أشد كالزنا و غيره - موجود فى النظر إلى الصغيرة إذا نظر إليها بتلذذ و شهوة، و لا فرق بين الكبيرة و الصغيرة فى هذا.

ب: نظر المرأة إلى الصغير

الظاهر أنه يجوز أن تنظر المرأة إلى الصبى الغير المميز؛ للأصل، و اختصاص أدلة المنع بغير الأطفال بمقتضى التبادر. و أما النظر إلى الصبى الذى يكون فى سنّ التمييز و مظنة الشهوة، فمع الالتئاذ لا يجوز، و الدليل عليه ما تقدّم فى حرمة النظر للرجل إلى الصبية إن كان مع شهوة و التذاذ؛ لوحدة الملاك حيث لا تفاوت بينهما.

قال فى وسيلة النجاة: «يجوز للمرأة النظر إلى الصبى المميز ما لم يبلغ، و لا يجب عليها التستر عنه ما لم يبلغ مبلغاً يترتب على النظر منه أو إليه ثوران الشهوة» (٣).

و في تحريرها: «على الأقوى في الترتب الفعلى و على الأحوط في غيره» «٤».

و في المستمسك: «إنَّ صحیحه الجلی و إن كانت واردةً فی الصبیّه، لكن يتعدى منها إلى الصبی بالأولیّه، فيجوز نظر المرأة إلى الصبی قبل البلوغ» «٥»

(١) وسائل الشیعة ١٤: ١٣٨ الباب ١٠٤ من أبواب مقدمات النکاح، ح ١.

(٢) نفس المصدر ح ٢ و ٤ و ٥.

(٣) وسیله النجاة ٢: ٢٣٥.

(٤) تحرير الوسيلة ٢: ٢٣٣.

(٥) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٣٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٣٢

و في تفصيل الشریعة: «إذا ترتب علیه- أى على نظر المرأة إلى الصبی المميز- الثوران، فإن كان الترتب فعلیاً فلا- شبهة في عدم الجواز. و أمّا إذا لم يكن الترتب فعلیاً، بل كان النظر منهما موجباً للثوران بالقوة، فمقتضى الاحتياط... الترك، و الوجه فيه رعاية مذاق الشرع، حيث إنَّ الشارع لا يرضى بذلك بعد كون المنظور إليه أجنبيّاً و إن كان صبیّاً» «١» «٢».

ج: نظر الصبی إلى المرأة الأجنبية

إشارة

الصبی إمّا يكون مميزاً و إمّا غير مميز، فإن كان الناظر صبیّاً غير مميز فلا بأس أن ينظر إلى المرأة؛ بمعنى أنه لم يحرم عليها التکشف له.

قال في التذكرة: «الطفل الذى لم يظهر على عورات النساء لا حجاب منه، لقوله- تعالى...: (أَوْ الطُّفْلِ الَّذِي لَمْ يَظْهَرُوا عَلَيَّ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ) «٣».

و بالجملة: إذا لم يبلغ مبلغاً يحكى ما يرى فحضوره كغيبته، و يجوز له التکشف من كلّ وجه» «٤»، و لا يجب على الولي منعه منه.

و به قال المحقق و الشهيد الثانيان «٥» و الفاضل الهندي «٦» و المحدث البحراني «٧»

(١) تفصيل الشریعة، كتاب النکاح: ٤٧.

(٢) يمكن أن يقال: إنه إن كان الملاك في الحرمة التلذذ، فلا فرق بين المميز و غيره، و على هذا فلا مجال لأخذ ثوران الشهوة و عدمه، كما لا مجال للتفصيل بين الترتب الفعلى و غيره، و الله العالم. م ج ف.

(٣) سورة النور ٢٤: ٣١.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٧٣-٥٧٤، الطبعة الحجرية.

(٥) جامع المقاصد ١٢: ٣٥، مسالك الأفهام ٧: ٤٩.

(٦) كشف اللثام ٧: ٣٠.

(٧) الحدائق الناضرة ٢٣: ٦٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٣٣

و كذا فى الرياض «١» و الجواهر «٢» و العروة مع التعليقات «٣» و الوسيلة «٤» و تحريرها «٥»، و كذا فى تفصيل الشريعة «٦». و أما إن كان ممیزاً، فإن كان فيه ثوران شهوة و تشوق، فهو كالبالغ فى النظر، فيجب على الولي منعه منه، و على الأجنبية التستر عنه، و به قطع العلامة فى التذكرة «٧»، و اختاره المحقق و الشهيد الثانى «٨»، و قواه فى كشف اللثام «٩» و الحدائق «١٠» و الجواهر «١١». و لكن أطلق فى القواعد «١٢» و التحرير «١٣».

و الحكم بعدم الجواز مبنى على أن ما علم مبعوضيته وقوعه فى الخارج من الشارع المقدس على كل تقدير، بحيث لا يفرق الحال بين أن يكون مرتكبه بالغاً، أو غير بالغ، كالزنا و شرب الخمر و اللواط و نحوها، فيجب على المكلفين المنع من تحققه، و سد الطريق إليه، و قطع السبيل على فاعله قولاً و فعلاً، و على هذا فحيث إن من غير البعيد كون ما نحن فيه من هذا القبيل و لو بلحاظ انتهاء ذلك شيئاً فشيئاً إلى ما هو أعظم منه، باعتبار أن ذلك يوجب الاعتياد، و نتيجه الابتلاء به أو

(١) رياض المسائل ٦: ٣٧١.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٨٤.

(٣) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٤٩٧.

(٤) وسيلة النجاة ٢: ٢٣٣.

(٥) تحرير الوسيلة ٢: ٢٣٢، مسألة ٢٤.

(٦) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٣.

(٧) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٧٤، الطبعة الحجرية.

(٨) جامع المقاصد ١٢: ٣٥، مسالك الأفهام ٧: ٤٩.

(٩) كشف اللثام ٧: ٣٠.

(١٠) الحدائق الناضرة ٢٣: ٦٤.

(١١) جواهر الكلام ٢٩: ٨٤.

(١٢) قواعد الأحكام ٣: ٧.

(١٣) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٤٢٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٣٤

بما هو أشد منه بعد البلوغ، يجب على المرأة قطع السبيل على الصبي، و عدم السماح له بذلك، و هو لا يتحقق عادةً إلّا بالستر، فيجب عليها ذلك «١». «٢»

و إن كان الصبي مع كونه ممیزاً لم يكن فيه ثوران شهوة و تشوق، ففى جواز نظره إلى الأجنبية - بمعنى أنه لا- يجب على الولي منعه منه و لا يجب عليها الاحتجاب منه - قولان:

أحدهما: الجواز كما استقره فى التذكرة حيث قال: فالأقرب جواز نظره كما ينظر الرجل إلى محارمه، كما أن له الدخول من غير استئذان إلّا فى الأوقات الثلاثة «٣»، التى هى مظنة التبذل و التكشف، و ذلك قبل صلاة الفجر، و عند الظهر، و بعد صلاة العشاء، قال - سبحانه -: (لَيْسَتْ أُنثَىٰ لَكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَمِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ) «٤».

ثانيهما: المنع؛ لعموم قوله - تعالى -...: (أَوِ الطُّفُلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ) «٥».

ففى فقه القرآن للراوندى: «يعنى الصغار الذين لم يراهقوا» «٦».
و قال فى الكشاف: «لَمْ يَظْهَرُوا، إِمَّا مِنْ ظَهْرٍ عَلَى الشَّيْءِ إِذَا أُطْعِمَ عَلَيْهِ؛ أَى

- (١) مبانى العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٨٩.
(٢) و نتيجة هذا الاستدلال أن التستر فى مفروض الكلام ليس واجباً نفسياً على المرأة، بل وجوبه من باب المقدمه، فتدخل فى بحث مقدمه الواجب. و أيضاً يتوقف هذا الوجوب المقدمى على تسليم كون ترك الحرام واجباً، مع أن الظاهر عدم التزام القائل به، فراجع و تدبر. م ج ف.
(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٧٤، الطبعة الحجرية.
(٤) سورة النور ٢٤: ٥٨.
(٥) سورة النور ٢٤: ٣١.
(٦) فقه القرآن للراوندى ٢: ١٢٩.
موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٣٥
لا يعرفون ما العورة و لا- يميزون بينها و بين غيرها. و إِمَّا مِنْ ظَهْرٍ عَلَى فُلَانٍ إِذَا قَوِيَ عَلَيْهِ ... أَى لَمْ يَبْلُغُوا أَوْ أَنَّ الْقَدْرَةَ عَلَى الْوِطْءِ» «١».

و كذا فى زبدة البيان «٢». و مثل ذلك أيضاً فى أحكام القرآن للجصاص «٣».
و قال فى تفسير الكبير: «الظهور على الشيء على وجهين: الأول: العلم به.
الثانى: الغلبة له و الصولة عليه.

فعلى الوجه الأول يكون المعنى أو الطُّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا؛ أَى لَمْ يَتَصَوَّرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ و لَمْ يَدْرُوا مَا هِيَ لَصَغَرِهِمْ، و على الوجه الثانى: الطفل الذين لم يبلغوا أن يطبقوا إتيان النساء» «٤».
و بالجملة: «٥» معنى لَمْ يَظْهَرُوا أَى لَمْ يَمِيزُوا بَيْنَهَا و بَيْنَ غَيْرِهَا، فَيَدْخُلُ غَيْرُهُ فِي النَّهْيِ عَنِ إِبْدَاءِ الزَّيْنَةِ لَهُ، و لَا أَقْلٌ لِلْجَهْلِ بِكَوْنِ الْمَمِيزِ هُوَ الْمَقْصُودُ فِي الْمَقَامِ مِنَ الطُّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ، فَيَدْخُلُ فِي عَمُومِ النَّهْيِ عَنِ الْكَشْفِ لَهُ، و يَجِبُ التَّسْتُرُ مِنْهُ.
نفى البأس عن هذا القول فى التذكرة، بل لعله اختاره «٦».
و ذهب إليه أيضاً المحقق و الشهيد الثانى «٧»، و استقر به فى كشف اللثام «٨»

- (١) الكشاف ٣: ٢٣٢.
(٢) زبدة البيان: ٦٨٩.
(٣) أحكام القرآن للجصاص ٣: ٤٦٤.
(٤) التفسير الكبير ٨: ٣٦٧.
(٥) يمكن أن يقال: إن الاحتمال الثانى غير مناسب مع لفظ العورات، بل المناسب له هو الاحتمال الأول، و على هذا فيكون المميز خارجاً. م ج ف.
(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٧٤، الطبعة الحجرية.
(٧) جامع المقاصد ١٢: ٣٦، مسالك الأفهام ٧: ٤٩.
(٨) كشف اللثام ٧: ٣٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٣٦

و قال فى الرياض: «أحوطهما المنع فيمنعه الولي عنه» (١)، و قواه فى المسالك (٢).

و قال المحدث البحراني: فالمسألة بالنظر إلى ما ذكره محل إشكال و توقف، إلا أنه يمكن أن يُرجح الجواز بأنه الأوفق، بمقتضى الأصل حتى يقوم دليل التحريم.

و ما رواه الصدوق فى الفقيه، عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن أحمد بن محمد بن أبي نصر، عن الرضا عليه السلام قال: يؤخذ الغلام بالصلاة و هو ابن سبع سنين، و لا تغطى المرأة شعرها منه حتى يحتلم (٣).

و روى الحميرى فى كتاب قرب الإسناد عن أحمد بن أبي نصر، عن الرضا عليه السلام قال: لا تغطى المرأة رأسها من الغلام حتى يبلغ الحلم (٤).

و التقريب فيهما تلازم جواز كشفها الرأس له و جواز نظره لها، إذ لو حرّم عليه النظر لها لحرم عليها التّكشّف له، و الخبران مطلقان بالنسبة إلى من يحصل منه التلذذ و غيره، و مع عدم تقيدهما بما ذكره، من استثناء النظر الذى يترتب عليه التلذذ، فالدلالة على الفرد الآخر لا معارض لها، و به يظهر صحّة القول بالجواز فى المسألة (٥).

نقول: و لعلّ كلامه قدس سره هو الأظهر؛ لإطلاق الصحيحتين، و لعموم رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم (٦)، إلا أنّ الاحتياط حسن، باعتبار أنّ ذلك يوجب الاعتقاد و الابتلاء به أو بما هو أشدّ منه، فلا ينبغي تركه.

(١) رياض المسائل ٦: ٣٧١.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ٤٩.

(٣) الفقيه ٣: ٢٧٦ ح ٣، و مسائل الشيعة ١٤: ١٦٩ الباب ١٢٦، من أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، ح ٣.

(٤) قرب الإسناد: ١٧٠، و مسائل الشيعة ١٤: ١٦٩ الباب ١٢٦، من أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، ح ٤.

(٥) الحدائق الناضرة ٢٣: ٦٥.

(٦) و مسائل الشيعة ١: ٣٢ الباب ٤ من أبواب مقدّمات العبادات، ح ١١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٣٧

إيضاح

الظاهر أنّ ما ذكرنا من حكم نظر الصبي إلى المرأة الأجنبية جارٍ بالنسبة إلى نظر الصبي إلى الرجل الأجنبي أيضاً؛ بمعنى أنّه إن كانت فيها ثوران الشهوة و تشوّق و يترتب على نظرها خوف الفتنة و لو بلحاظ انتهاء ذلك شيئاً فشيئاً إلى ما هو أعظم منه باعتبار ابتلائها بما هو أشدّ منه بعد البلوغ، فهى كالبالغة فى النظر إلى الأجنبي، فيجب على الولي منعها؛ لوحدة الملاك، و هكذا فى نظر الصبي و الصبي إلى أنفسهما.

د: النظر إلى عورة الصغيرة

إن كانت الصغيرة غير مميّزة فالظاهر أنّه يجوز للرجل النظر إلى عورتها، و يدلّ عليه - مضافاً إلى الأصل، و اختصاص أدلّة المنع بغير الأطفال من البالغين و المميّزين - السيرة القطعيّة، و كذا جملة من النصوص المتقدّمة التى تدلّ على جواز تغسيل الرجل و المرأة الصبيّة و الصبيّ المميّزين.

قال المحقق النراقي: «إن لم يكونوا مميّزين فالظاهر الجواز؛ لإطباق الناس في الأعصار و الأمصار على عدم منع هؤلاء عن كشف العورات و نظرهم إليها» (١).

و أمّا النظر إلى عورة الصغيرة إن كانت مميّزة و في مظنة الشهوة، فلا ينبغى الشكّ في عدم جوازه؛ لإطلاق أدلّة المنع، و الأخبار المتقدّمة، إذ لا موجب لتخصيصها بالبالغ؛ فإنّ مقتضى قوله عليه السلام: عورة المؤمن على المؤمن حرام (٢)، هو حرمة النظر إلى عورة المؤمن من دون تقييد بكونه بالغاً، و أيضاً سائر الأدلّة التي تدلّ على عدم

(١) مستند الشيعة ١٦: ٣٤.

(٢) بحار الأنوار ٧٥: ٢١٤ ح ٩ و ج ٤٦: ١٤١-١٤٢، و سائل الشيعة ١: ٣٦٦ الباب ٨ من أبواب آداب الحمام، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٣٨

جواز النظر إلى الصغيرة مع تلذذ و شهوة جارية هنا بالأولوية، و هو ظاهر.

و في الإيضاح: «النظر إلى الصبيّة الصغيرة التي ليست في مظنة الشهوة الأجنبيةّ جائز؛ لانتهاء دواعي الشهوة، لكن لا يجوز النظر إلى فرجها» (١).

و مثل الصغيرة الصغير؛ لوحدة الملاك، فإن كان مميّزاً و في مظنة الشهوة لا يجوز للمرأة و لا للرجل النظر إلى عورته.

ه: نظر المميّز إلى عورة الرجل أو المرأة

الصبيّ أو الصبيّة إن كان غير مميّزين، فيجوز لهما النظر إلى عورة الرجل أو المرأة؛ لعدم التكليف بانتفاء موضوعه الذي هو التمييز. و أمّا إن كانا مميّزين، فالظاهر أنّه يحرم أن ينظرا إلى عورة الرجل أو المرأة، و كذا يحرم أن ينظر الصبيّ إلى عورة الصبيّة و بالعكس، فيجب على الوليّ منعهما عن ذلك.

قال الشيخ الأعظم: «نعم، النظر إلى العورة و تكشّفها عنده مستثنى إجماعاً على الظاهر، فيجب على الوليّ منعه عن النظر إليها، و يحرم أيضاً للرجال و النساء كشفها عنده» (٢)، و به قال الفقيه المحقق الفاضل النكراني (٣).

و قال المحقق النراقي: «أمّا مع التميّز فلا يجوز نظرهم - أي الصبيان - إلى العورة؛ للأمر باستئذان الذين لم يبلغوا الحلم في الآية (٤) عند العورات الثلاث التي كانوا يضعون فيها الساتر للعورة.

(١) إيضاح الفوائد ٣: ٨.

(٢) كتاب النكاح، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٦١.

(٣) الأحكام الواضحة: ٣٧٣.

(٤) سورة النور ٢٤: ٥٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٣٩

ثمّ قال: و تؤيّد الروايتان:

إحداهما:

و الغلام لا يقبل المرأة إذا جاز سبع سنين (١).

و الاخرى:

في الصبيّ يحجم المرأة، قال: إذا كان يحسن يصف فلا (٢).

و هل المراد بعدم الجواز هنا حرمة و وجوب الاستئذان على الصبي نفسه، أو الوجوب على الولي أمره و نهي، أو وجوب تستر المنظور إليه عنه؟

الظاهر هو الأول و لا بعد فيه؛ لأخصية دليله عن أدلة رفع القلم «٣» عن الصبي «٤».

نقول: مقصوده قدس سره أن قوله - تعالى - : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيُشَاقِقِكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَ الَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَ حِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَ مِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ...﴾

الآية «٥» موجبة لتخصيص ما دل على رفع القلم عن الصبي، لأن الخطاب في الآية الكريمة و إن كان متوجهاً إلى المكلفين، إلا أن الأمر بالاستئذان متوجه إلى غير المكلفين، كما هو واضح، فيتحصّل من الآية الكريمة أن الصبيان مكلفون في هذا المورد بعدم النظر إلى عورة الغير و يجب عليهم ذلك، و تكون هذه الآية استثناءً و تخصيصاً لحديث رفع القلم «٦» عن الصبيان، و بها تُرفع اليد عن إطلاق دليل رفع القلم كما تُرفع اليد عنه في باب الزنا و اللواط و السرقة و نحوها.

(١) وسائل الشيعة ١٤: ١٧٠ الباب ١٢٧ من أبواب مقدمات النكاح، ح ٤.

(٢) نفس المصدر: ١٧٢ الباب ١٣٠ من أبواب مقدمات النكاح، ح ٢.

(٣) نفس المصدر ١: ٣٢ الباب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات، ح ١١.

(٤) مستند الشيعة ١٦: ٣٥.

(٥) سورة النور ٢٤: ٥٨.

(٦) وسائل الشيعة ١: ٣٢ الباب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات، ح ١١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٤٠

و يجيء في باب جنایات الأطفال زيادة توضيح في هذه المسألة.

و أورد في المستمسك عليه بأن الآية الشريفة ليست واردة في تحريم نظر الصبي إلى العورة، و إنما في تحريم التطلع على بعض الأفعال و الأحوال التي يستقبح التطلع عليها و يستحیی منه... فالآية الاولى ليست واردة في النظر إلى العورة الحرام، و لا في تحريم ذلك على غير البالغ «١». انتهى ملخصاً.

و كذا في مباني العروة «٢».

و يرد عليهما أولاً: أن الحكم بالاستئذان لأجل عدم النظر إلى العورة، و هو أول ما يتبادر من هذا الحكم، و لذا يقدم في كلام العرف عند تعليل الاستئذان، فإذا قيل: لما ذا الاستئذان؟ اجيب بأنه لأجل أن لا يرى عورتها و حالات العرى و الجماع، كما عن بعض المعاصرين «٣».

و ثانياً: أن إطلاقات الأخبار التي تدل على حرمة النظر إلى العورة شاملة للصبي المميز أيضاً، و هكذا النصوص الدالة على وجوب تستر العورة الملازم عرفاً لحرمة النظر، و هي ما يلي:

١- معتبرة

حنان بن سدير، عن أبيه، عن علي بن الحسين عليهما السلام في حديث قال:

«ما يمنعكم من الازر؛ فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: عورة المؤمن على المؤمن حرام»،

الحديث «٤».

فإن إطلاقها يشمل غير البالغ المميز، لأن مقتضى قوله عليه السلام:

«عورة المؤمن على المؤمن حرام»

هو حرمة نظر المؤمن إلى عورة المؤمن من دون تقييد بكونه

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٤٠.

(٢) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٨٧.

(٣) الفقه، كتاب النكاح ١: ١٨٤.

(٤) وسائل الشيعة ١: ٣٦٨ الباب ٩ من أبواب آداب الحمام، ح ٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٤١ □

بالغاً؛ فإنَّ المميّز من غير البالغين إذا أدرك وجود الله - تعالى - و آمن به، صدق عليه عنوان المؤمن، و بذلك يصبح مشمولاً لأدلة المنع.

٢- صحيحة □

الحلبى قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يغتسل بغير إزار حيث لا يراه أحد، قال: «لا بأس» (١).

لأنَّ المنع من النظر إلى العورة كان مرتكزاً فى ذهن السائل لكلِّ أحدٍ. و أجاب الإمام عليه السلام بأنّه

«لا بأس»

و مقتضى كلامه عليه السلام

لا بأس حيث لا يراه أحد،

و هذا العموم يشمل المميّز.

٣- صحيحة □

أبى بصير قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: يغتسل الرجل بارزاً؟

فقال: «إذا لم يَرَهُ أحدٌ فلا بأس» (٢)

و مقتضى مفهوم الشرط أنّه إذا رآه أحدٌ ففيه بأس.

٤- معتبرة □

أبى بصير، عن أبى عبد الله، عن أبيه، عن آبائه، عن أمير المؤمنين عليهم السلام قال: «إذا تعرّى أحدكم نظر إليه الشيطان فطمع فيه،

فاستروا» (٣).

و كذا ما رواه الصدوق فى الفقيه و ثواب الأعمال (٤).

و ثالثاً: أنّ هناك أفعالاً عُلِمَ مبغوضيّة وقوعها فى الخارج عند الشارع على كلّ تقديرٍ، بحيث لا يفرق الحال بين أن يكون مرتكبها بالغاً

أو غير بالغ، كالزنا و شرب الخمر و اللواط و نحوها، و لعلَّ النظر إلى العورة كان من هذا القبيل؛ لأنَّ النظر إلى العورة ممّا يستقبح و لو

كان من غير بالغ، و أيضاً أنّ نظر الصبيّ إلى العورة

(١) نفس المصدر: ٣٧٠ الباب ١١ من أبواب آداب الحمام، ح ١.

(٢) نفس المصدر: ٣٧١ الباب ١١ من أبواب آداب الحمام، ح ٢.

(٣) نفس المصدر ١: ٣٦٧ الباب ٩ من أبواب آداب الحمام، ح ٢.

(٤) من لا يحضره الفقيه ٤: ٥، ثواب الأعمال: ٣٦، وسائل الشيعة ١: ٢١١-٢١٢ الباب ١ من أبواب أحكام الخلوة، ح ٢، ٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٤٢

ينتهى شيئاً فشيئاً إلى ما هو أعظم منه، و نتيجته الابتلاء بما هو أشد من النظر، فلذلك منعه الشارع منه مطلقاً، و كرهه الإمام عليه السلام من كل أحدٍ كما في صحيحه

ابن أبي يعفور، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام أ يتجرد الرجل عند صب الماء ترى عورته؟ أو يُصب عليه الماء؟ أو يرى هو عورة الناس؟ قال: «كان أبي يكره ذلك من كل أحدٍ» (١).

و في رواية تحف العقول:

«ملعون ملعون الناظر و المنظور إليه» (٢).

و يؤيد

ما جاء في رسالة (المحكم و المشابه) للسيد المرتضى رحمه الله نقلًا من تفسير النعماني بسنده ... عن علي عليه السلام في قوله - عز و جل -: «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَعْضُوا مِنْ أُنْبُسَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ» (٣) معناه «لا ينظر أحدكم إلى فرج أخيه المؤمن، أو يمكنه من النظر إلى فرجه»

الحديث (٤).

و رابعاً: أن المرتكز في أذهان المتشعّرة أنه لا يجوز نظر الصبيان المميزين إلى عورات الكبار، بل إلى عورات أمثالهم حتى يعد ذلك من المنكرات الواضحة، و أيضاً سيرة المتشعّرة هي المنع الشديد للأطفال من النظر إلى العورات (٥).

و المتحصّل من جميع ذلك أن نفس هذا العمل مستقبح و مبغوض عند الشارع، و كرهه الإمام عليه السلام و لو صدر من غير البالغين، و لا ينبغي أن يكون أفراد الناس كالحمر ينظر بعضهم إلى سوء بعض، فالأظهر ما ذكره الشيخ الأعظم و المحقق التراقي خلافاً للسيد الفقيهين «الحكيم و الخوئي».

(١) وسائل الشيعة ١: ٣٦٤ الباب ٣ من أبواب آداب الحمام، ح ٣.

(٢) نفس المصدر و الباب ح ٥، تحف العقول: ٥.

(٣) سورة النور ٢٤: ٣٠.

(٤) وسائل الشيعة ١: ٢١٢ الباب ١ من أبواب أحكام الخلو، ح ٥.

(٥) الفقه، كتاب النكاح ١: ١٨٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٤٣

المبحث الثاني: لمس الصبيّة و الصبي

لا خلاف في حرمة مسّ ما يحرم النظر إليه من المرأة للرجل و من الرجل للمرأة.

قال العلامة في التذكرة: «كلّ موضع يحرم فيه النظر فتحريم المسّ أولى؛ لأنه أقوى و أشد في التلذذ و الاستمتاع من النظر، و لهذا لا يبطل الصوم بالإنزال المستند إلى النظر و يبطل لو استند إلى الملامسة» (١).

و اختاره ابنه في الإيضاح (٢).

و في جامع المقاصد: «كلّ موضع حكمنا فيه بتحريم النظر، فتحريم المسّ فيه أولى، و لو توقّف العلاج على مسّ الأجنبية دون نظرها، فتحريم النظر بحاله، و جواز النظر إلى وجه الأجنبية و كفيها لا يبيح مسّها؛ لأنّ المسّ أدعى إلى الفتنة و أقوى في تحريك الشهوة» (٣).

و كذا في الجواهر، و لكن زاد فيه: «بل لا أجد فيه خلافاً، بل كأنه ضروريّ على وجه يكون محرماً لنفسه» (٤).

وقال الشيخ الأعظم: «ثم اعلم أن المصنّف قدس سره لم يتعرّض لحكم اللمس، لكنّه اكتفى عن حكمه بالحكم بحرمة النظر، حيث إنّه إذا حرم النظر حرم اللمس قطعاً،

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٧٥، الطبعة الحجرية.

(٢) إيضاح الفوائد ٣: ٩.

(٣) جامع المقاصد ١٢: ٤٣.

(٤) جواهر الكلام ٢٩: ١٠٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٤٤

بل لا إشكال في حرمة اللمس و إن جاز النظر؛ للأخبار الكثيرة «١»، و الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه «٢».

و كذا في تحرير الوسيلة «٣» و شرحه، و زاد «لعدم الدليل على الاستثناء- أي جواز النظر إلى الوجه و الكفّين- بالإضافة إلى المسّ أيضاً، و عليه: فلا يجوز للأجنبي مصافحة الأجنبية المستلزمة للمسّ» «٤».

و حكم لمس الصغيرة و الصغير أيضاً حكم النظر إليهما، ففي كلّ موضع يجوز النظر إلى الصغيرة كما إذا لم تكن في مظنة الشهوة و الالتذاذ يجوز لمسها، و ما لا يجوز كالنظر إلى الصغيرة مع تلذذ و شهوة و ريبة فلا يجوز لمسها، و الدليل عليه ما تقدّم في حكم النظر إليها، و كذلك لمس المرأة الصبي، لوحدة الملاك و عدم التفاوت بينهما.

قال في التحرير: «المسّ كالنظر في أحكامه من المنع و الإذن، و يجوز لحاجة المعالجة كالنظر» «٥».

و جاء في العروة: «غير المميّز من الصبيّ و الصبيّة؛ فإنّه يجوز النظر إليهما بل اللمس» «٦».

و قال السيد الحكيم في شرحها: «هذا في الجملة من القطعيّات ... و كذلك الحكم في اللمس» «٧»، و به قال المحقّق الفقيه الفاضل اللنكراني «٨»

(١) وسائل الشيعة ١٤: ١٤٢ الباب ١٠٥ من أبواب مقدّمات النكاح.

(٢) كتاب النكاح، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٦٨.

(٣) تحرير الوسيلة ٢: ٢٣١، مسألة ٢٠.

(٤) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٣٩.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٤٢١.

(٦) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٤٩٧.

(٧) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٣٨-٣٩.

(٨) العروة الوثقى مع تعليقات الشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني ٢: ٦٨٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٤٥

و في مهذب الأحكام: و أمّا اللمس، فيمكن أن يستفاد حكمه من حكم التغسيل «١».

و قال بعض المعاصرين: عرف ممّا ذكرنا جواز اللمس من الجوانب كلّها، لمس الصبيّ و الصبيّة للرجل و المرأة، و لمس الرجل و المرأة لهما بدون ريبة «٢»

(١) مهذب الأحكام ٢٤: ٤٧.

(٢) الفقه، كتاب النكاح ١: ١٨١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٤٦

المبحث الثالث: تقبيل الرجل الصبيّة و المرأة للصبيّة

إشارة

و فيه مطلبان:

المطلب الأول: تقبيلها قبل أن يأتي عليها ستّ سنين

إشارة

يجوز للرجل تقبيل الصبيّة قبل أن يأتي عليها ستّ سنين إذا لم يكن عن شهوة و في معرض الفتنة. قال السيد في العروة: «لا بأس بتقبيل الرجل الصبيّة التي ليست له بمحرم، و وضعها في حجره قبل أن يأتي عليها ستّ سنين إذا لم يكن عن شهوة». و به قال جميع المحشّين عليها «١». و في المستمسك في ذيله: «هذا في الجملة لا إشكال فيه، و تقتضيه السيرة القطعيّة، مضافاً إلى أصل البراءة» «٢». و كذا في مهذب الأحكام «٣». و جاء في مباني العروة: «لا خلاف فيه بين الأصحاب» «٤».

أدلة هذا الحكم

و يمكن أن يستدل لهذا الحكم بوجوه:

الأول: السيرة العمليّة القطعيّة كما تقدّم.

(١) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٤٩٧.

(٢) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٤١.

(٣) مهذب الأحكام ٢٤: ٤٨.

(٤) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٩٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٤٧

الثاني: الأصل، و عدم الدليل على حرمة.

الثالث: النصوص، و هي العمدة.

-١

□

خبر زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا بلغت الجارية الحرّة ستّ سنين فلا ينبغي «١» لك أن تقبلها» «٢».

-٢- مرفوعة

زكريا المؤمن رفعه، أنه قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «إذا بلغت الجارية ست سنين فلا يقبلها الغلام، و الغلام لا يقبل المرأة إذا جاز سبع سنين» (٣).

٣- مرسله

على بن عتبة، عن بعض أصحابنا قال: كان أبو الحسن الماضي عليه السلام عند محمد بن إبراهيم والى مكه و هو زوج فاطمه بنت أبي عبد الله عليه السلام، و كانت لمحمد بن إبراهيم بنت يلبسها الثياب و تجيء إلى الرجل فيأخذها و يضمها إليه، فلما تناهت إلى أبي الحسن عليه السلام أمسكها بيديه ممدودتين و قال: «إذا أتت على الجارية ست سنين لم يجز أن يقبلها رجل ليست هي بمحرم له و لا يضمها إليه» (٤).

٤-

خبر عبد الرحمن بن بحر، عن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا بلغت الجارية ست سنين فلا ينبغي لك أن تقبلها» (٥). و دلالة هذه الأخبار على المدعى واضحة؛ لأن مقتضى مفهوم جملة الشرطية جواز تقبيل الرجل الصبية التي لم تبلغ ست سنين، و يؤيدها سائر أخبار الباب (٦)،

(١) و كلمة لا ينبغي و إن كانت ظاهرة في المرجوحية فقط، إلا أن كثرة الاستعمال في الروايات في الحرمة صارت موجبا لحملها على الحرمة. م ج ف.

(٢) وسائل الشيعة ١٤: ١٧٠ الباب ١٢٧ من أبواب مقدمات النكاح، ح ٢.

(٣) نفس المصدر و الباب، ح ٤.

(٤) وسائل الشيعة ١٤: ١٧٠ و ١٧١ الباب ١٢٧ من أبواب مقدمات النكاح، ح ٦.

(٥) نفس المصدر ح ٧.

(٦) وسائل الشيعة ١٤: ١٦٩ الباب ١٢٧ من أبواب مقدمات النكاح.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٤٨

تمسك ببعضها في المستمسك (١) و غيره (٢) و لكن في سندها إشكال.

قال السيد الفقيه الخوئي: «إن جميع أخبار الباب لا تخلو من ضعف سندى أو قصور دلالتى على سبيل منع الخلوة» (٣).

نقول: أولاً: بعض هذه الأخبار معتبر، مثل

ما رواه فى الكافى بسند صحيح عن على بن الحكم، عن عبد الله بن يحيى الكاهلى، عن أبى أحمد الكاهلى - و أظننى قد حضرته - قال: سألته عن جارية (جويرية خ ل) ليس بينى و بينها محرم تغشاني فأحملها و اقبلها؟ فقال: اذا أتى عليها ست سنين فلا تضعها على حجر ك.

و

رواه الصدوق باسناده عن عبد الله بن يحيى الكاهلى قال: سأل أحمد (٤) بن نعمان أبا عبد الله عليه السلام و ذكر نحوه

(٥) فإن قوله

«و أظننى قد حضرته»

مشعر على أن عبد الله بن يحيى الكاهلى سمع مباشرة السؤال و الجواب، إلا أنها مضمرة.

و ثانياً: أن الصححة عند المتقدمين (رض) على ما صرح به غير واحد (٦) عبارة عن الوثوق و الركون لا القطع و اليقين (٧).

و لا يبعد أن يحصل لنا الوثوق و الاطمئنان بصدور مضمون هذه الأحاديث

- (١) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٤١.
- (٢) مهذب الأحكام ٢٤: ٤٨، الفقه، كتاب النكاح ١: ١٨٦.
- (٣) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٩٢.
- (٤) فى الفقيه: محمد بن النعمان.
- (٥) الكافي ٥: ٥٣٣ ح ١، الفقيه ٣: ٢٧٥ ح ١٣٠٧، وسائل الشيعة ١٤: ١٦٩ الباب ١٢٧ من أبواب مقدمات النكاح ح ١.
- (٦) منهم: الشيخ البهائي رحمه الله، حيث قال: «كان المتعارف بين قدمائنا إطلاق الصحيح على كل حديث صحيح اعتضد بما يقتضى اعتمادهم عليه، أو اقترن بما يوجب الوثوق به و الركون إليه». مشرق الشمسين المطبوع فى ضمن الحبل المتين ص ٢٦٩.
- (٧) فرائد الاصول ١: ٢٠٦.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٤٩
- من المعصوم عليه السلام؛ لكثرتها «١» و وحده مضامينها، و أيضاً موافقة تلك الأخبار للسيرة القطعية العملية قرينه على صحتها.
- قال السيد حسن الصدر: «و حَبَسَ آخرون نفوسهم على الأخذ بما يحصل به الوثوق من الكتب المعتمدة: كأصول من أجمعت لهم العصابة... و الكتب التى شاع بين السلف الوثوق بها و الاعتماد عليها من كتب الإمامية الاثنى عشرية، ككتاب الصلاة لحريز و كتب ابني سعيد» «٢».
- و قال الشيخ البهائي فى مشرق الشمسين: «و ممّا يوجب الوثوق بالحديث و الركون إليه أخذه من أحد الكتب التى شاع بين سلفهم الوثوق بها و الاعتماد عليها؛ سواء كان مؤلفوها من الفرقة الناجية الإمامية، ككتاب الصلاة لحريز بن عبد الله السجستاني و كتب ابني سعيد و على بن مهزيار أو من غير الإمامية، ككتاب حفص بن غياث القاضى و «... ٣».
- و رواية عبد الرحمن بن بحر، عن زرارة هى التى رواها حسين بن سعيد كما فى التهذيب «٤».
- و ثالثاً: قال فى روضه المتقين «إنّ رواية أبى أحمد الكاهلى حسن كالصحيح، و خبر زرارة من القوى كالصحيح، و مرسله هارون بن مسلم من القوى» «٥».
- و رابعاً: قال علم الهدى: «إنّه ليس كلّ ما رواه أصحابنا من الأخبار و أودعوه فى كتبهم - و إن كان مستنداً إلى رِوَاة معدودين من الآحاد - معدوداً»

- (١) عقد فى الوسائل ١٤: ١٦٧، كتاب النكاح، باباً لهذا الحكم و ذكر فيه ثمانى أحاديث من المشايخ الثلاثة.
- (٢) نهاية الدراية فى شرح الوجيزة للسيد حسن الصدر: ٢٧٩ - ٢٨٠.
- (٣) مشرق الشمسين المطبوع مع الحبل المتين: ٢٦٩.
- (٤) تهذيب الأحكام ٧: ٤٧٩ - ٤٨٠، و ذكر فيه ثمانى روايات متواليات عن حسين بن سعيد، و هذا قرينه ظاهراً على أنّه ذكر الشيخ قدس سره فى هذه الروايات من كتاب ابن سعيد.
- (٥) روضه المتقين ٨: ٣٥٨.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٥٠
- فى الحكم من أخبار الآحاد، بل أكثر هذه الأخبار متواترٌ موجبٌ للعلم «١».
- و جاء فى الوافى: «و قال صاحب (التهذيب) فى كتاب العدة: إنّ ما أورده فى كتابى الأخبار إنّما أخذه من الاصول المعتمدة عليها» «٢».

و في الفقيه: «إنَّ جميع ما فيه مستخرج من كتب مشهورة عليها المعوّل و إليها المرجع، مثل كتاب حرّيز بن عبد الله السجستاني، و كتاب عبيد الله بن علي الحلبي و كتب علي بن مهزيار الأهوازي، و كتب الحسين بن سعيد، و نوادر أحمد بن محمد بن عيسى» (٣). فلا وجه لما ذكره السيّد الخوئي قدس سره (٤) من أنّ جميع أخبار الباب ضعيفة سنداً أو دلالَةً؛ لأنّ جملةً من هذه النصوص ظاهرة في جواز تقبيل الرجل الصبيّة قبل ستّ سنين من غير شهوة.

و أمّا إذا كان تقبيل الرجل للصبيّة المشار إليها عن شهوة و تلذذ فلا يجوز؛ لإجماع الفقهاء الأعلام و سيرة المتديّنين من العوام، كما في مهذب الأحكام (٥).

و في المستمسك: «و أمّا إذا كان عن شهوة فلما عرفت من الإجماع الارتكازي على الحرمة» (٦). و لا ريب أنّ في ارتكاز المتشرّعة المنع من التقبيل إذا كان كذلك، و أيضاً أنّه ممّا علم بالضرورة مبعوضيته عند الشارع.

(١) رسائل الشريف المرتضى ١: ٢٦ رسالة التباينات.

(٢) كتاب الوافي ١: ٢٣.

(٣) من لا يحضره الفقيه ١: ٣.

(٤) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٩٢.

(٥) مهذب الأحكام ٢٤: ٤٨.

(٦) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٤٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٥١

المطلب الثاني: تقبيلها بعد أن يأتي عليها ستّ سنين

إشارة

الظاهر أنّه لا- يجوز للرجل أن يقبّل الصبيّة التي ليست له بمحرم بعد أن يأتي عليها ستّ سنين، و يمكن أن يستفاد هذا الحكم من النصوص المتقدّمة و إن لم يطرح في كلمات الفقهاء، و هي ما يلي:

-١

قوله عليه السلام في رواية أبي أحمد الكاهلي المتقدّمة «إذا أتى عليها ستّ سنين فلا تضعها على حجرك» (١).

قال السيّد الخوئي في تقريب الاستدلال: «فإنّ السؤال فيها عن الحمل و التقبيل، إلّا أنّه عليه السلام قد أجاب بالنهي عن وضعها في الحجر إذا أتى عليها ستّ سنين، و هو يكشف- بحسب متفاهم العرفي كما هو واضح- عن أنّه عليه السلام إنّما أجاب عمّا هو أهون منهما، فيستفاد منها أنّه لا مانع من التقبيل و الحمل ما لم تبلغ الصبيّة ستّ سنين، فإذا بلغت ذلك فلا يجوز وضعها في الحجر فضلاً عن حملها أو تقبيلها، إلّا أنّ الرواية ضعيفة بأبي أحمد الكاهلي، فلا مجال للاعتماد عليها» (٢).

نقول: و الظاهر أنّ عبد الله بن يحيى الكاهلي كان حاضراً في المجلس؛ لأنّه قال: «و أظنني قد حضرته» فالرواية معتبرة، و لا يضرّ بأنّ أبي أحمد الكاهلي لا توثيق له؛ لأنّه السائل و عبد الله يسمع، و يؤيده ما في روضة المتّقين من أنّ هذا الحديث حسن كالصحيح (٣)، إلّا أنّ الرواية مضمرة. و كذا ما في جملة «أظنني».

-٢ صحیحہ

عبد الله بن يحيى الكاهلي قال: سأل محمّد بن النعمان أبا عبد الله عليه السلام فقال له: عندي جويرية ليس بيني وبينها رحمٌ و لها ستّ سنين، قال:

(١) وسائل الشيعة ١٤: ١٦٩ الباب ١٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ١.

(٢) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٩٠.

(٣) روضة المتقين ٨: ٣٥٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٥٢

«لا تضعها في حجرك» (١).

فإذا نهى الإمام عليه السلام عن الوضع في الحجر فالنهى عن التقييل بطريق أولى، كما في الرواية المتقدمة؛ و لا ريب أن مناط الأولوية و عدمها هو الأهمية عند الشارع بحسب ترتب المفسد عليه، و من الواضح أن المفسدة التي تترتب على التقييل تكون ذات أهمية أكثر من مفسدة الوضع في الحجر؛ لأنّ التلذذ و الاستمتاع في التقييل أشدّ و ثوران الشهوة فيه أكثر، فلا وجه لما ذكره في مباني العروة من أن الأولوية في رواية أبي أحمد الكاهلي إنما استفيدت من إعراض الإمام عليه السلام عن الجواب عن المسؤل عنه، و الإجابة ببيان حكم الوضع في الحجر (٢).

٣- رواية علي بن عقبة؛ لأنّه جاء فيها:

أنّ أبا الحسن عليه السلام قال: «إذا أتت على الجارية ستّ سنين لم يجز أن يقبلها رجلٌ ليست هي بمحرم له و لا يضمّها إليه» (٣).

و كذا سائر النصوص المتقدمة من خبر زرارة و مرفوع زكريّا المؤمن و خبر غياث بن إبراهيم و رواية عبد الرحمن بن بحر (٤).

و ظاهر هذه النصوص الحرمة؛ لأنّ في جملة منها النهى عن التقييل و الضمّ، و هو ظاهر في الحرمة، و كذلك النصوص المشتملة على كلمة

«لا ينبغي»؛

فإنّها أيضاً ظاهرة في الحرمة.

و لكن في المستمسك: «إنّ المستفاد من النصوص المذكورة هو الكراهة دون الحرمة ... و بعض النصوص و إن كان ظاهراً في الحرمة، لكنّه قاصر السند» (٥).

(١) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٧٥ الباب ١٢٨، ح ٢.

(٢) مستند العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٩١.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ١٧٠ الباب ١٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٦.

(٤) وسائل الشيعة ١٤: ١٧٠ الباب ١٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٢ و ٤ و ٥ و ٧.

(٥) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٤١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٥٣

و تبعه في ذلك السيّد السبزواري (١).

نقول: و يظهر ممّا تقدّم أنّ جملة من النصوص تكون صحيحة.

و العجب من السيّد الخوئي، حيث قال: ليس في المقام رواية واحدة صحيحة السند، و تامّة الدلالة يمكن الاعتماد عليها لإثبات الحكم، و عليه: فمقتضى أصالة البراءة هو الجواز (٢).

و قال المجلسى: «قوله عليه السلام: فلا تضعها. ظاهره الحرمة، وربما يحمل على الكراهة مع عدم الريبة، كما هو ظاهر خبر الثانى، و الاحتياط فى الترك» «٣».

و فى وسيلة النجاة و تحريرها: «الأحوط عدم تقيلها و عدم وضعها فى حجره إذا بلغت ست سنين» «٤».

و تبعهما فى ذلك الشيخ الفقيه الفاضل اللكرانى «٥».

نقول: لا- وجه لهذا الاحتياط و لا- الحمل على الكراهة؛ لأنه لا قصور فى دلالة النصوص على الحرمة، و لم تكن هناك قرينة على الخلاف؛ و إنما نوقش فى سندها، و قد عرفت أنه يحصل لنا الوثوق بصدور جملة من هذه النصوص من المعصوم عليه السلام، فتلك الروايات تامة الدلالة و السند فى إثبات هذا الحكم.

إيضاح

و اعلم أن ما ذكرنا فى هذا المبحث من حكم تقبيل الصبيّة فى كلتا صورتين

(١) مهذب الأحكام ٢٤: ٤٨.

(٢) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٩٣.

(٣) مرآة العقول ٢٠: ٣٧١، ح ١.

(٤) وسيلة النجاة ٢: ٢٣٣، تحرير الوسيلة ٢: ٢٣٢-٢٣٣.

(٥) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٥-٤٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٥٤

يجرى فى الصبيّ أيضاً، لوحدة الملاك «١».

فالظاهر أنه يجوز للمرأة تقبيل الصبيّ؛ للأصل، و عدم الدليل على حرمة، و النصوص المتقدمة و إن وردت فى الصبيّة و لكن يتعدى منها إلى الصبيّ أيضاً، كما استفاد السيد الحكيم «٢» من صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج المتقدمة «٣» فى التعدى عن نظر الرجل إلى الصبيّة إلى نظر المرأة إلى الصبيّ.

و أمّا إذا كان للصبيّ أكثر من ست سنين و كان تقيلها عن شهوة و التذاذ، فلا- يجوز لها ذلك، و الدليل عليه ما ذكرنا فى تقبيل الرجل الصبيّة؛ إذ لا شك أن فى ارتكاز المتشّعة المنع منه، و أيضاً هذا ممّا علم مبغوضيته عند الشارع.

بيان آخر: حيث إن التلذذ و الاستمتاع فى التقبيل أشدّ من النظر، و ثوران الشهوة أكثر، فإذا لم يجز للمرأة النظر إلى الصبيّ الذى يأتى عليه ست سنين أو أكثر إذا كان عن شهوة و التذاذ، فلا يجوز لها تقبيله بطريق أولى.

و يؤيده أيضاً مرفوعة زكريّا المؤمن المتقدمة؛ فإنّ فيها

«و الغلام لا يقبل المرأة إذا جاز سبع سنين» «٤».

أنظار فقهاء أهل السنّة فى مباحث هذا الفصل

أ- الشافعية

القول الأصحّ عندهم «٥» أنه يجوز للرجل النظر إلى صغيرة لا تشتهى.

- (١) لا وثوق لنا بوحدة الملاك في المقام، فمع عدم الرواية الدالة على ذلك لا وجه للتعدى. نعم، لا ينبغي ترك الاحتياط. م ج ف.
- (٢) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٣٩.
- (٣) وسائل الشيعة ١٤: ١٦٩ الباب ١٢٦ من أبواب مقدمات النكاح، ح ٢.
- (٤) نفس المصدر: ١٧٠ الباب ١٢٧ من أبواب مقدمات النكاح، ح ٤.
- (٥) نهاية المحتاج ٦: ١٨٩، منهاج الطالبين ٢: ٤١٥.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٥٥
- قال النووي: «الطفل الذي لم يظهر على عورات النساء لا حجاب منه» (١).
- و في الوجيز: «لا يحل للرجل النظر إلى شيء من بدن المرأة إلّا إذا كان الناظر صبيّاً ... أو كانت صبيّة» (٢)، و به قال غيرهما (٣).
- و في مقابل هذا، قول بالتحريم؛ لأنها من جنس الإناث (٤).
- و كذا قالوا بتحريم النظر إلى فرج الصغيرة و الصغير (٥).
- ثم إنهم و إن لم يصرحوا بحكم لمس الصبيّة، و لكن يظهر من كلماتهم أنّ حكم لمس الرجل الأجنبية للصبيّة حكم نظره إليها.
- قال الرافعي: «حيث يحرم النظر يحرم المس بطريق الأولى؛ لأنه أقوى في التلذذ و الاستمتاع، و لهذا لا يبطل الصوم بالإنزال بمجرد النظر، و يبطل بالإنزال بالملامسة» (٦). و به قال أيضاً النووي (٧) و الخطيب الشربيني (٨).
- و أما نظر الصبي إلى المرأة الأجنبية فقد جاء في روضة الطالبين:
- «أنّ أمر الصبي يكون في ثلاث درجات:
- إحداها: أن لا يبلغ أن يحكى ما يرى.
- و الثانية: يبلغه و لا يكون فيه ثوران الشهوة و تشوّف.
- و الثالثة: أن يكون فيه ذلك.

(١) روضة الطالبين ٦: ١٦.

(٢) الوجيز ٢: ٦.

(٣) العزيز شرح الوجيز ٧: ٤٧٢، المجموع شرح المهذب ١٧: ٣٠٠.

(٤) مغنى المحتاج ٣: ١٣٠، حاشيتا قلوبى و عميرة: ٣/ ٣١٨.

(٥) أسنى المطالب ٣: ١١٠، روضة الطالبين ٦: ١٨، مغنى المحتاج ٣: ١٣٠، نهاية المحتاج ٦: ١٩٠.

(٦) العزيز شرح الوجيز ٧: ٤٨٠.

(٧) روضة الطالبين ٦: ٢١.

(٨) مغنى المحتاج ٣: ١٣٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٥٦

فالأول: حضوره كغيبته- و هو كالعدم- و يجوز له التكبّش من كلّ وجه.

و الثانى: كالمحرم، و الثالث: كالبالغ. (١).

بمعنى أنّه يلزم المنظور إليها الاحتجاب منه، و يلزم الولي أن يمنع من النظر، كما يلزم أن يمنع من الزنا و سائر المحرّمات (٢).

هذا كلّه في غير المراهق. و أمّا المراهق:

فقال بعضهم: هو كالرجل البالغ الأجنبي معها، فلا يحل لها أن تبرز له؛ لقوله - تعالى ... -: (أَوْ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَيَّ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ) الآية «٣»، و معناه:

لم يقووا على الجماع، و المراهق يقوى على الجماع، فهو كالبالغ «٤».

و قال النووي: «لظهوره على العورات» «٥».

و قال بعضهم: المراهق مع الأجنبية كالبالغ من ذوى أرحامها، لقوله - تعالى -: (وَ إِذِ ابْنَ بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلْمَ فَلْيَسِّرُوا تَأْذِنًا) «٦»، فأمر بالاستئذان إذا بلغوا الحلم، فدلّ على أنه قبل أن يبلغوا الحلم يجوز دخولهم من غير استئذان «٧» إلّا فى الأوقات الثلاثة التى يضعن فيها ثيابهنّ، فلا بدّ من الاستئذان ... فعلى هذا، فنظره كنظر البالغ إلى المحارم «٨».

ب: الحنفية

إنهم قالوا: إن كانت صغيرة لا يشتهى مثلها فلا بأس بالنظر إليها و من مسها؛

(١) روضة الطالبين ٦: ١٦.

(٢) روضة الطالبين ٦: ١٦.

(٣) سورة النور ٢٤: ٣١.

(٤) البيان ٩: ١٢٨، العزيز شرح الوجيز ٧: ٤٧٢.

(٥) روضة الطالبين ٦: ١٦، المجموع ١٧: ٣٠٠.

(٦) سورة النور ٢٤: ٥٩.

(٧) البيان ٩: ١٢٨، روضة الطالبين ٦: ١٦، المجموع ١٧: ٣٠٠.

(٨) العزيز شرح الوجيز ٧: ٤٧٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٥٧

لأنه ليس لبدنها حكم العورة، و لا فى النظر و المس معنى خوف الفتنة، و لأنّ العادة الظاهرة ترك التكلف بستر عورتها قبل أن تبلغ حدّ الشهوة، و أمّا النظرة إلى العورة حرام «١».

و قال ابن عابدين: «لا عورة للصغير جدّاً و كذا الصغيرة ... فيباح النظر و المس، ثمّ قال: إذا لم يبلغ الصغير و الصغيرة حدّ الشهوة يغسلهما الرجال و النساء» «٢».

و قال بعض آخر: «يشترط لجواز المس أن يكون أحدهما مأموناً؛ لأنّ أحدهما إذا كان لا يشتهى لا يكون للمس سبباً للوقوع فى الفتنة، كالصغير؛ لأنه لا يؤدّى إلى الانتهاء من الجانبين؛ لأنّ الكبير لا يشتهى بمس الصغير، و لهذا إذا مات صغير أو صغيرة تغسّله المرأة و الرجل ما لم تبلغ حدّ الشهوة، و كذا يجوز النظر إلى الصغير و الصغيرة و المس إذا كان لا يشتهى» «٣».

و أمّا بالنسبة إلى إبداء الزينة للطفل و نظره إلى النساء، قال الكاسانى: «إذا كان الطفل لم يظهر على عورات النساء و لا يعرف العورة من غير العورة، فلا - بأس لهنّ من إبداء الزينة لهنّ؛ لقول الله - عزّ و جلّ ... -: (أَوْ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَيَّ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ) «٤». و هذا مستثنى من قوله - تعالى -: (وَ لَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ) ... الآية ٥ ...»

شيرازى، قدرت الله انصارى و پژوهشگران مركز فقهى ائمه اطهار عليهم ا، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ٤ جلد، مركز فقهى ائمه اطهار عليهم السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٩ ه ق موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها؛ ج ٢، ص: ١٥٧

و أمّا الذى يعرف التمييز بين العورة و غيرها و قرب من الحلم، فلا ينبغى للمرأة أن تبدى زينتها له، أ لا ترى أنّ مثل هذا الصبي قد امر

بالاستئذان فى بعض

(١) المبسوط للسرخسى ١٠: ١٥٥، الفتاوى الهندية ٥: ٣٢٩.

(٢) حاشية رد المحتار ١: ٤٠٧ و ج ٦: ٣٦٤.

(٣) تكملة البحر الرائق ٨: ٣٥٣.

(٤) (٢، ٤) سورة النور ٢٤: ٣١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٥٨

الأوقات بقوله - تعالى -: (وَ الَّذِينَ لَمْ يَلْبُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ) «١» «٢».

ج: الحنابلة

قالوا: بأنّ الطفلة التى لا تصلح للنكاح لا بأس بالنظر إليها بغير شهوة، ففى المغنى و الشرح الكبير: قال أحمد فى رواية الأثرم فى رجل

يأخذ الصغيرة فيضعها فى حجره و يقبلها: فإن كان يجد شهوة، فلا و إن كان بغير شهوة فلا بأس «٣». و كذا فى الكافى و الفروع «٤».

و قال المرادوى: «و هل هو محدود بدون السبع، أو بدون ما تشتهى غالباً؟

على وجهين» «٥».

و لا يحرم النظر إلى عورة الطفلة قبل بلوغ سبع سنوات من العمر، و لا لمسها نصّاً، و لا يجب سترها مع أمن الشهوة، و كذلك الحكم

بالنسبة إلى الطفل «٦».

و أما إذا بلغت الطفلة حدّاً تصلح للنكاح كابنة تسع سنين؛ فإنّ عورتها مخالفة لعورة البالغة، بدليل قوله صلى الله عليه و آله و سلم:

«لا يقبل الله صلاة حائض إلّا بخمار»،

فدلّ على صحّة الصلاة ممّن لا تحيض و هى مكشوفة الرأس، فيحتمل أن يكون حكمها فى النظر إليها حكم ذوات المحارم بالنسبة

لنظر ذوى محارمهنّ إليهنّ «٧». و اللبس كالنظر فيحرم حيث يحرم النظر، بل اللبس أولى؛ لأنّه أبلغ من النظر «٨»

(١) سورة النور ٢٤: ٥٨.

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٢٩٦.

(٣) المغنى ٧: ٤٦٢، الشرح الكبير ٧: ٣٥٧-٣٥٨.

(٤) الكافى ٣: ٦، الفروع ٥: ١١٢.

(٥) الإنصاف ٨: ٢٣.

(٦) كشاف القناع ٥: ١٣، الإنصاف ٨: ٢٣، الإقناع ٣: ١٥٩.

(٧) المغنى ٧: ٤٦٢، الشرح الكبير ٧: ٣٥٨، كشاف القناع ٥: ١٣.

(٨) كشاف القناع ٥: ١٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٥٩

و كذا فى الفروع «١».

و أمّا فى مسألة إبداء الزينة للطفل و نظره إلى النساء، ذهبوا إلى أنّه إذا كان الطفل غير مميّز لم يجب على المرأة الاستتار منه فى شىء،

و لها إبداء زينتها له؛ لقوله - تعالى ... -: (أَوْ الطُّفُلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَيَّ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ) «٢».

و إن كان مميّزاً غير ذى شهوة، فله أن ينظر ما فوق السرة و تحت الركبة؛ لأنّه لا شهوة له..

و إن كان الطفل مميّزاً ذا شهوة، فحكمه حكم ذى المحرم من المرأة فى النظر إليها و فى إبداء الزينة له. و عن أحمد أنه كالأجنبي؛ لأنه كالبالغ فى الشهوة، و معنى ذلك أن المقارب للاحتلام يعتبر كالبالغ «٣». ذكر فى الكافى فى المميز روايتين: إحداهما: هو كالبالغ، و الثانية: كذى المحرم، لقوله - تعالى -: (وَإِذِ ابْتَلَى الْإِسْرَائِيلَ إِذْ قَالَ يَا قَوْمِ أَوَلَمْ يَأْتِكُمْ الْكِتَابُ بِالْحُكْمِ الَّذِي يَأْتِيكُمْ بِهِ الرَّبُّ لَنْ يُصِيبَهُ الْمَلَأُ مِنْكُمْ وَمَنْ يُصِيبِهِ الْمُلْكُ فَقَالَ إِنْ كُنْتُمْ إِلاَّ قَوْمًا فَاسِقِينَ) «٤» ففرق بينه و بين البالغ «٥». و بحسب تتبعنا لم نجد فى مذهب المالكية فى كلّ المباحث التى طرحناها فى هذا الفصل رأى.

(١) الفروع ٥: ١١٢.

(٢) سورة النور ٢٤: ٣١.

(٣) المقنع: ٢٠٦، المغنى ٧: ٤٥٨، الشرح الكبير ٧: ٣٤٩، المبدع ٧: ١٠، الإنصاف ٨: ٢٣، الإقناع ٣: ١٥٩، كشاف القناع ٥: ١٢-١٣، الفروع ٥: ١٠٩.

(٤) سورة النور ٢٤: ٥٩.

(٥) الكافى فى فقه أحمد ٣: ٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٦١

الفصل التاسع فى ولاية الأب و الجدّ على أموال الصغار

تمهيد

بحثنا فى ما سبق «١» أن الولاية على ثلاثة أقسام:

الأول: الولاية على النفس؛ و هى التى تتعلّق بالنفس من قبيل الولاية على الترويح، و ولاية الحضانه و ولاية التأديب، و الولاية على الإحرام و غيرها، و قد تقدّم البحث عن بعض هذه الامور فى الفصول السابقة، و يأتى عن بعضها الآخر فى الأبواب الآتية. الثانى: الولاية على المال؛ و هى التى تتعلّق بأموال الصغار و المجنون و السفية؛ لأنّ الولد الصغير كما يحتاج إلى من يقوم بإرضاعه و حضانه و كفالتة، كذلك يحتاج إلى من يراعى مصلحته فى أمواله بحسن إدارتها و حفظها من الضياع و استثمارها و الإنفاق منها على الامور الضرورية له؛ لأنّ الولد الصغير لصغره ليس أهلاً لتقدير المصلحة، و لا يتصوّر منه الرضا الصحيح و لا القصد و الاختيار، فلهذا منع

(١) ج ١ ص ٥٣٤، الفصل الأوّل من الباب الرابع.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٦٢

من التصرفات فى ماله، فالحجر على الولد الصغير إنّما كان لعجزه عن التصرف فى ماله على وجه المصلحة، فكان من رحمة الشارع الحكيم أن حجر عليه، و لكن جعل الولاية فى أموال الصغار إلى من يحفظها و ينميها لهم. و أمّا الثالث: و هو الولاية على استيفاء حقوق الصغار، فأتى البحث عنه فى الأبواب الآتية.

و ينبغى أن نبحث هنا عن الأولياء الذين لهم الولاية من هم؟ و ما الدليل على ولايتهم، و ما هو الشرط فى إثبات الولاية لهم؟ يعنى هل إثبات الولاية للوليّ مشروط بأن يكون الوليّ عادلاً، أو يكفى أن يكون فعله ذا مصلحة و إن لم يكن عادلاً، أو لا ذا ولا ذاك، بل يكفى أن لا يكون فى فعله مفسدة؟ و هكذا.

للبحث و التحقيق عن هذه الامور عقدنا هذا الفصل، و فيه مباحث:

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٦٣

المبحث الأول: ثبوت ولاية الأب و الجدّ على الأموال و أدلتها

إشارة

لا خلاف في ثبوت الولاية للأب و الجدّ له على الطفل إلى أن يبلغ الرشد، و أن ولايتهما بجعل إلهي؛ أي كان كلّ واحدٍ منهما ولياً إجبارياً من قبل الشارع.

قال الشيخ رحمه الله: «من يلي أمر الصغير و المجنون خمسة: الأب و الجدّ و وصي الأب أو الجدّ، و الإمام أو من يأمره الإمام» (١). و قال المحقّق: «يشترط في المتعاقدين كمال العقل و الاختيار، و أن يكون البائع مالكاً أو ولياً، كالأب و الجدّ للأب و الحاكم و أمينه و الوصي» (٢). و كذا في الوسيلة (٣). و صرح به العلامة في بعض كتبه (٤). و به قال الشهيد الأوّل (٥) و يحيى ابن سعيد (٦)، و المحقّق (٧) و الشهيد (٨) الثانين، و المحقّق الأردبيلي (٩). و اختاره جماعة من متأخري المتأخرين (١٠) و فقهاء العصر (١١).

(١) المبسوط للطوسي ٢: ٢٠٠.

(٢) المختصر النافع: ١٤٦، شرائع الإسلام ٢: ١٤.

(٣) الوسيلة لابن حمزة: ٢٧٩.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ١٣٥، تحرير الأحكام الشرعية ٢: ٥٤١، التبصرة: ٩٦، إرشاد الأذهان ١: ٣٦٠.

(٥) اللعة الدمشقيّة: ٦٢.

(٦) الجامع للشرائع: ٢٤٦ و ٢٨٢.

(٧) جامع المقاصد ٥: ١٨٧ و ج ٤: ٨٥.

(٨) الروضة البهية ٤: ١٠٥-١٠٦، مسالك الأفهام ٣: ١٦٤-١٦٦.

(٩) مجمع الفائدة و البرهان ٩: ٢٣٠-٢٣٦.

(١٠) رياض المسائل ٥: ٦٣، المناهل: ١٠٥، الحدائق الناضرة ١٨: ٤٠٣، شرح تبصرة المتعلّمين للمحقّق العراقي ٥: ٣٨-٤١، العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ١٢٦، كتاب المكاسب ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٥، المكاسب و البيع للنائيني ٢: ٣٣٠، حاشية الإيرواني على المكاسب: ١٥٣، جامع المسائل للفقهاء المحقّق الفاضل للكراني ٢: ٣٠٣-٣٠٤.

(١١) مصباح الفقاهة ٥: ١١، منهاج الصالحين للسيد الخوئي ٢: ١٨١، كتاب البيع للإمام الخميني رحمه الله ٢: ٤٣٥، إرشاد الطالب ٣: ٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٦٤

قال في تحرير الوسيلة: «ولاية التصرف في مال الطفل و النظر في مصالحه و شئونه لأبيه و جدّه لأبيه، و مع فقدهما للقيم من أحدهما ... و مع فقد الحاكم الشرعي ... و مع فقد الحاكم للمؤمنين مع وصف العدالة على الأحوط» (١). و كذا في تفصيل الشريعة (٢). و ممّا ذكرنا من كلمات الفقهاء ظهر الترتيب في الولاية على الأموال عندهم أيضاً، و أنّه هو الأب و الجدّ للأب و إن علا، و الوصي (٣) من أحدهما، ثمّ الحاكم الشرعي (٤) و أمينه؛ و هو المنسوب من قبله لذلك أو لما هو أعمّ.

و لقد أجاد فى الحدائق فى تنقيح ترتيب الأولياء فى المقام، حيث قال: «الأولياء هم ستّة على ما ذكره الأصحاب، و سبعة على ما يستفاد من الأخبار- و به صرحوا أيضاً فى غير هذا الموضع:- الأب و الجدّ له- لا الأم- و الوصى من أحدهما- على من لهما الولاية عليه- و الوكيل من المالك أو مّمّن له الولاية، و الحاكم الشرعى حيث فقد الأربعة المتقدّمة، و أمينه؛ و هو المنصوب من قبله لذلك أو لما هو أعمّ، و عدول المؤمنين مع تعذّر الحاكم، أو تعذّر الوصول إليه» «٥».

و ما استدللّ به الفقهاء أو يمكن أن يستدلّ به لإثبات ولاية الأب و الجدّ على أموال الصغار اموراً:

الأول: الإجماع، قال المحقّق الأردبيلي: «كأنّه للإجماع المنقول» «٦»،

(١) تحرير الوسيلة ٢: ١٤، كتاب الحجر مسألة ٥.

(٢) تفصيل الشريعة، كتاب المضاربة و الحجر: ٢٩٩.

(٣) لأنّه مع بقاء الموصى لا معنى لجواز تصرف الوصى.

(٤) لدلالة الحديث النبوى المنجبر بعمل الأصحاب، و هو

«السلطان ولى من لا ولى له»

سنن أبى داود ٢: ٣٩١ ح ٢٠٨٣، سنن الترمذى ٣: ٤٠٨ ح ١١٠٣، سنن ابن ماجه ٢: ٤٣٤ ح ١٨٧٩.

(٥) الحدائق الناضرة ١٨: ٤٠٣.

(٦) مجمع الفائدة و البرهان ٩: ٢٣١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٦٥

و فى التذكرة: «الولاية فى مال المجنون و الطفل للأب و الجدّ له و إن علا...»

إجماعاً» «١»، و فى الرياض: «و لا خلاف فى ثبوت الولاية لهؤلاء، بل الظاهر الإجماع عليه» «٢»، و به صرح المحقّق النائينى «٣».

و قال السيّد الخوئى: «ولاية الأب و الجدّ و ثبوتها لهما فى الجملة على الصغير من ضرورىّ الفقه و مورد الإجماع و السيرة المستمرة

القطعية» «٤».

و قال المحقّق العراقى: و يدلّ عليه- علاوة على الإجماعات بل السيرة- عموم «أنت و مالك لأبيك» «٥» «٦».

الثانى: السيرة المستمرة القطعية، كما أشرنا إليها.

الثالث: - و هو العمدة- النصوص الكثيرة الواردة فى أبواب مختلفة؛ و هى على طوائف نذكرها على الترتيب التالى:

الطائفة الاولى: تدلّ على جواز تزويج الأب و الجدّ للصغار:

الأخبار الواردة فى باب تزويج الأب و الجدّ للصغار، و فيها الصحاح و الموثقات، و هى تدلّ بالصرحة على ثبوت ولايتهما على تزويج

أولادهما الصغار، و قد سبق ذكر جملة منها «٧» «٨» فى إثبات ولاية الأب و الجدّ على التزويج.

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٠، الطبعة الحجرية، كتاب الحجر الفصل الرابع.

(٢) رياض المسائل ٥: ٦٣ و ٣٩٠.

(٣) المكاسب و البيع ٢: ٣٣٠.

(٤) مصباح الفقاهة ٥: ١١، مهذب الأحكام ٢١: ١٢٦.

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٤ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

(٦) شرح تبصرة المتعلّمين ٥: ٣٨.

(٧) راجع موسوعة أحكام الأطفال ١/ ٥٣٧

(٨) وسائل الشيعة ١٤: ٢٠٧ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، و ص ٢١٧ الباب ١١ و ص ٢٢٠ الباب ١٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٦٦

و قد استدلل في مفتاح الكرامة «١» و الرياض «٢» و كذا الشيخ الأعظم «٣» بفحوى سلطنتهما على بضع البنت في باب النكاح.

فقالوا: إذا صح ولاية الأب و الجد على الأولاد الصغار في النكاح و كونهم سبباً في إيجاد الترويج بينهم مع كونه من أهم الأمور، فلا شبهة في جواز ولايتهم و نفوذ أمرهم في سائر العقود، بالفحوى و الأولوية القطعية.

الطائفة الثانية: تدل على أن الولد و ماله للأب:

منها: صحيحة

□

محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يحتاج إلى مال ابنه؟ قال: يأكل منه ما شاء من غير سرف. و قال: في كتاب علي عليه السلام: إن الولد لا يأخذ من مال والده شيئاً إلا بإذنه، و الوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء، و له أن يقع على جارية ابنه إذا لم يكن الابن وقع عليها، و ذكر أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال لرجل: أنت و مالك لأبيك «٤».

و منها: معتبرة الحسين بن أبي العلاء - التي رواها المشايخ الثلاثة -

قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما يحل للرجل من مال ولده؟ قال: «قوته» «قوت خ ل» بغير سرف إذا اضطر إليه. قال: فقلت له: فقول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم للرجل الذي أتاه فقدهم أباه فقال له: أنت و مالك لأبيك؟ فقال: إنما جاء بأبيه إلى النبي صلى الله عليه و آله و سلم فقال: يا رسول الله هذا أبي و قد ظلمني ميراثي من أمي، فأخبره الأب أنه قد أنفق عليه و على نفسه، و قال: أنت و مالك لأبيك، و لم يكن عند الرجل شيء، أو كان

(١) مفتاح الكرامة ٥: ٢٥٦.

(٢) رياض المسائل ٥: ٣٩١.

(٣) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٥.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٤ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٦٧

رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يحبس الأب للابن» «١»؟!

و رواه الصدوق في الفقيه و معاني الأخبار «٢» و الشيخ في التهذيب و الاستبصار «٣».

و منها: صحيحة أبي حمزة الثمالي «٤».

و منها: رواية الصدوق في عيون أخبار الرضا عليه السلام و علل الشرائع «٥».

و كيفية الاستدلال بتلك الأخبار بأن يقال: حرف اللام في كلمة

«الأبيك»

للاختصاص، و فيه احتمالات ثلاث:

الأول: أن يكون الاختصاص بنحو الملك و الولد و ماله ملكاً للأب.

الثاني: أن يكون الاختصاص بنحو الولاية؛ يعني أن ولاية الأب ثابتة على الولد و ماله.

الثالث: أن يكون الاختصاص بنحو السلطنة على الانتفاع به و بماله، كما أشار إليها المحقق الاصفهاني «٦».

أمّا الاحتمال الأول: فباطل قطعاً؛ لأنّه من البديهي أن المراد بهذه الروايات ليس ما هو الظاهر منها؛ من كون الولد و ما بيده من

متملكات أبيه ليكون الابن كعبد الأب و البنت كالجارية، بدهاه أن رقبه الولد غير مملوكة لأحد، و أيضاً ليس المراد بتلك النصوص كون مال الولد للأب حقيقة بحيث يفعل ما يشاء.
و بعد تعدد الأخذ بظواهرها لا بد من حملها على معنى كنائى، كما يقال فى العرف

(١) نفس المصدر و الباب، ح ٨.

(٢) الفقيه ٣: ١٠٩ ح ٤٥٦، معانى الأخبار: ١٥٥ ح ١.

(٣) تهذيب الأحكام ٦: ٣٤٤ ح ٩٦٦، الاستبصار ٣: ٤٩ ح ١٦٢، الكافي ٥: ١٣٦، ح ٦.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٥ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.

(٥) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢: ٩٦، علل الشرائع ٢: ٥٢٤ باب ٣٠٢ ح ١.

(٦) حاشية المكاسب ٢: ٣٧٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٦٨

فى مورد صحه تصرف الغير: إن العبد و ما فى يده لمولاه، و المعنى الكنائى هو أن ينزل الولد و ما له بمنزلة الملك للأب.
فنقول: إن الأب مالك للولد و ما له، تنزيلاً بأن يعامل معه معاملة مال نفسه و إن لم يكن مالاً حقيقة؛ لأن المتفاهم من هذا التركيب و نحوه من المخاطبات العرفية: أن المال مال الأب بحسب التنزيل لا حقيقة.
فمقتضى هذه المالكية التنزيلية جواز الانتفاع بماله إذا كان فقيراً و محتاجاً، كما هو مفاد صحيحته محمّد بن مسلم و أبى حمزة الثمالى المتقدمين، حيث علل الحكم فيهما بقول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم:
«أنت و مالك لأبيك».

فالمستفاد «١» منهما أن للأب السلطنة على جميع التصرفات الراجعة إلى الولد و ماله، بشرط أن لا يوجب الفساد و الإسراف، و لكن الولد الكبير خرج منهما إما بالدليل، و إما تنصرف أدلة الولاية عنه «٢».

قال الإمام الخمينى قدس سره: «يظهر من تلك الروايات و من غيرها حدود جواز الأخذ بلا إذن من الابن، و ليس المقصود من قوله صلى الله عليه و آله:

«أنت و مالك لأبيك»

ولاية الأب على ولده الكبير أو جواز أخذه من ماله كيفما كان «... ٣».

و الحاصل: أنه يستفاد من تلك الأخبار أن للأب التصرف فى مال ولده الصغير و نفسه؛ لأنه و ماله لأبيه و للجد و إن علا.

(١) و الحق ما ذهب إليه الاصفهاني قدس سره؛ من أن للأب جواز الانتفاع بمال ولده من غير سرف، و فيما اضطر إليه، و لا يستفاد من هذه الروايات ولاية التصرف و السلطنة على جميع التصرفات، كما أنه لا فرق بين الأخذ من مال الولد الصغير أو الكبير. و أيضاً يستفاد منها عدم ضمان الأب فيما استفاد من ماله، و بالجملة: يستفاد منها الحكم التكليفى و الوضعى معاً. م ج ف.

(٢) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٧، المكاسب و البيع للمحقق النائى ٢: ٣٣١.

(٣) كتاب البيع للإمام الخمينى ٢: ٤٣٩ و ٤٤٠ مع تصرف.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٦٩

أورد المحقق الاصفهاني على الاستدلال بتلك الأخبار في المقام بوجهين:

الأول: أن جواز اقتراض الأب من مال الصغير ينافي هذه الملكية التنزيلية، إذ لو كان الولد و ماله ملكاً للأب لا معنى للاقتراض؛ لأنه لا يقتضئ الإنسان من ماله.

الثاني: أنه ورد في الروايات أنه يجوز للأب أن يقوّم جارية ابنه أو بنته و يبيعها لنفسه، و لا يعقل أن يقوّم شخص ماله و يشتريه من نفسه، و وافقه في ذلك تلميذه المحقق السيد الخوئي «١».

و يمكن الجواب «٢» عنهما بأن يقال: لو كان هناك ملكية حقيقية صح أن يقال:

لا يعقل أن يقتضئ الإنسان من مال نفسه، أو يشتري من ماله، و لكن قلنا بأن للأب ملكية تنزيلية لولايته على أموال الصغير، و باعتبار أن الأب مالك تنزيلاً يجوز له أن يقترض من مال الصغير، و باعتبار أنه غير مالك واقعاً يستقرض من مال الصغير، و كذلك في الجارية.

فعلى هذا باعتبار أن الأب مالك لها تنزيلاً يقوّمها و يبيعها، و باعتبار أنه غير مالك حقيقة يشتريها و يملكها؛ لأن الاقتراض و البيع من الامور الاعتبارية و هي سهل المئونة، فلا يرد أن الأب مقرض و مقترض، أو أنه بائع و مشتري؛ لأن الأب هنا متعدّد اعتباراً و لو كان واحداً في الواقع.

(١) حاشية المكاسب ٢: ٣٧٤، مصباح الفقاهة ٥: ١٦.

(٢) و الجواب مخدوش جداً، لأن الملكية التنزيلية أثرها كون الأب بمنزلة المالك الحقيقي، و تصرفه بمنزلة تصرف المالك الحقيقي. و عليه: لا معنى لكونه مقرضاً و مقترضاً بالاعتبارين؛ فإن الاعتبار و إن كان سهل المئونة، إلا أنه لا يصح اعتبار مناقض لاعتبار آخر، فتدبر. م ج ف.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٧٠

إيراد المحقق الإيرواني و السيد الخوئي و الجواب عنهما

أورد المحقق الإيرواني على الاستدلال بتلك الأخبار أيضاً، بأنه ليس عنوان تلك الأخبار نفوذ معاملات الأب في حق ابنه، و إنما عنوانها جواز استيلاء الأب على مال ابنه و أكله منه، و تصرف الأب في أموال ابنه تصرف المالك في أموالهم، لا التصرف فيه بعنوان الولاية على الابن، فالأخبار أجنبية عما هو المدعى في المقام «١».

و هكذا أورد السيد الخوئي أيضاً «بأن هذه النصوص راجعة إلى بيان أمر أخلاقي ناشئ من أمر تكويني؛ فإن الولد بحسب التكوين موهبة من الله - تعالى - للأب، و مقتضى ذلك أن لا يعارض في تصرفاته و يكون متقادماً بأمره و نهيه» «٢».

و قال الاستاذ الشيخ جواد التبريزي دام ظلّه تبعاً للسيد الخوئي: «إن جواز أخذ الأب مال ابنه للانفاق على نفسه و دفع اضطراره لا يقتضى ثبوت الولاية له بالإضافة إلى مال ولده» «٣».

و الجواب عما ذكره المحقق الإيرواني: أن مورد رواية عبيد بن زرارة - التي كالصحيحة بل صحيحة على الأصح «٤» - و رواية قرب الإسناد - و هي معتبرة أيضاً لاعتبار كتاب علي بن جعفر على قول «٥» - هو التصرفات الاعتبارية، و قد استشهد

(١) حاشية الإيرواني على مكاسب الشيخ: ١٥٣.

(٢) مصباح الفقاهة ٥: ١٦.

(٣) إرشاد الطالب ٣: ٤.

(٤) لأنه ليس في سندها من يتأمل فيه إلا سهل بن زياد، و الأمر فيه سهل؛ لأنّ المشهور على وثاقته.

(٥) قال الشيخ الحرّ العاملي: «إنما ذكرنا بعض الطرق تيمناً و تبرّكاً باتّصال السلسلة بأصحاب العصمة عليهم السلام، لا لتوقف العمل عليه؛ لتواتر الكتب و قيام القرائن على صحتها و ثبوتها. وسائل الشيعة ٢٠: ٤٩.

و أيضاً طريق الشيخ الحرّ إلى الشيخ الطوسي صحيح و طريق الشيخ إلى كتاب علي بن جعفر أيضاً صحيح. معجم رجال الحديث ١١: ٢٨٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٧١

الإمام عليه السلام لصحة نكاح الجدّ بدون إذن الأب بقوله صلى الله عليه و آله: «أنت و مالك لأبيك» قائلاً: «فكيف يكون هذا و هو و ماله لأبيه، و لا يجوز نكاحه؟» «١».

فمن تطبيق الإمام عليه السلام «٢» هذه القاعدة في مقام إعمال الولاية دون الأخذ و الانتفاع يعلم أنّ المراد بهذه القاعدة في سائر الأخبار أيضاً معنى يشمل الولاية بقربنه اتحاد السياق «٣».

فكيف يدعى المحقق الإيرواني أنّ مفادها هو جواز انتفاع الأب من أموال الولد فقط، و لا يدلّ على ثبوت الولاية عليه. و الحاصل: مفاد هذه النصوص - على كثرتها و اختلافها في الإطلاق و التقييد - أنّ كلّ تصرّف اعتبارياً كان أم خارجياً نافذ و جائز، لكن وردت في التصرفات الخارجية قيوداً فيؤخذ بها في موردها، و لا حجة لرفع اليد عن الروايات في غير مورد القيود. و ما أورده السيد الخوئي من أنّه حكم أخلاقيّ فهو ساقط أيضاً؛ لأنّ نفوذ التصرف الاعتباري و لزوم الأخذ به لا يمكن أن يعلل بأمر أخلاقيّ، فلا ينبغي الإشكال في الحكم بالنسبة إلى ولاية الجدّ و الأب في التصرف في مال الطفل بالبيع و الشراء و غيرهما بمفاد هذه الأخبار.

(١) وسائل الشيعة ١٤: ٢١٩ الباب ١١ من أبواب عقد النكاح، ح ٥.

(٢) يمكن أن يقال: إنّ تطبيق الإمام عليه السلام لا يدلّ على كون القاعدة بنفسها كليّة عامّة، و إلّا فاللزام أن يستفاد منها الاختصاص التام المالكى كما هو ثابت للابن، مع أنّه لم يذهب إليه أحد، و على هذا فالتطبيق يدلّ على دلالتها في هذا المورد، و بما أنّ القاعدة تعبدية فلا يمكن استفادة حكم كليّ عامّ بالنسبة إلى جميع الموارد. نعم، يمكن الاستناد إلى الأولوية، لكن مرجع هذا إلى الدليل الأول. و عليه: فالحقّ ما ذهب إليه المحقق الإيرواني و من تبعه. م ج ف.

(٣) كتاب البيع للمحقّق الفقيه الأراكي ٢: ٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٧٢

الطائفة الثالثة: تدلّ على أنّ للأب تقويم جارية ولده لنفسه:

وردت نصوص و دلّت على أنّه يجوز للأب أن يقوم جارية ولده و يأخذها لنفسه ثمّ يطأها، فيمكن الاستدلال بهذه الأخبار أيضاً في المقام؛ و هي ما يلي:

١- صحيحه

عبد الله بن سنان. قال: سألته - يعني أبا عبد الله عليه السلام - ما ذا يحلّ للوالد من مال ولده؟ قال: «أما إذا أنفق عليه ولده بأحسن النفقة فليس له أن يأخذ من ماله شيئاً، و إن كان لوالده جارية للولد فيها نصيب فليس له أن يطأها إلّا أن يقومها قيمة تصير لولده قيمتها عليه، قال: و يعلن ذلك - إلى أن قال: - فإن كان للرجل ولد صغار لهم جارية فأحبّ أن يفتضها «١» فليقومها على نفسه قيمة، ثمّ ليصنع بها ما شاء، إن شاء وطأ و إن شاء باع» «٢».

٢- صحيحه

محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام؛ لأنّ في ذيلها في كتاب عليّ عليه السلام: ... و له أن يقع على جارية ابنه إذا لم يكن الابن وقع عليها، و ذكر أنّ رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال لرجل: أنت و مالك لأبيك «٣».

٣- صحیحه

أبي الصباح، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون لبعض ولده جارية و ولده صغار هل يصلح أن يطأها؟ فقال: يقومها قيمة عدل ثم يأخذها و يكون لولده عليه ثمنها «٤».

٤- صحیحه

عبد الرحمن بن الحجاج، عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال: قلت

(١) كذا في الاستبصار ٣: ٥٠، ح ١٦٣؛ و تهذيب الأحكام ٦: ٣٤٥، ح ٩٦٨. و الظاهر هو الصواب، و لكن في الوسائل «يقتضيها».

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٥، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به ح ٣، رواها في الاستبصار و الوسائل عن حسين بن سعيد، عن حماد الخ. و لكن في التهذيب الحسين بن حماد.

(٣) تهذيب الأحكام ٦: ٣٤٣ ح ٩٦١، الاستبصار ٣: ٤٨ ح ١٥٧، الكافي ٥: ١٣٥ ح ٥، وسائل الشيعة ١٢: ١٩٤، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به ح ١.

(٤) وسائل الشيعة ١٤: ٥٤٣، الباب ٤٠ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٧٣

له: الرجل يكون لابنه جارية أله أن يطأها؟ فقال: يقومها على نفسه و يشهد على نفسه بثمنها أحبّ إلى «١».

و نحوها صحیحه داود بن سرحان «٢» و موثقة إسحاق بن عمار «٣» و مكاتبة الحسن بن محبوب «٤» و صحیحه عبد الرحمن «٥».

و مفاد هذه الأخبار- مع قوّة سندها- أنه يجوز للأب تقويم الجارية و بيعها لنفسه و تملكها بقيمة عدل و عليه ثمنها لولده، و هذا هو معنى الولاية على أموال الصغار.

قال الشيخ رحمه الله: «و ما تضمّنته هذه الأخبار من أنّ للأب أن يطأ جارية ابنه إذا قومها على نفسه ما لم يمسه الابن، محمول على أنّه إذا كان ولده صغاراً، و يكون الأب هو القيم بأمرهم و الناظر في أحوالهم، فيجرى مجرى الوكيل، فيجوز للأب أن يقومها على نفسه» «٦».

الايراد على الاستدلال بهذه الأخبار و الجواب عنه

أورد المحقق الإيرواني على الاستدلال بتلك النصوص لولاية الأب و الجدّ على أموال الصغار، بأنّ في بعض هذه الأخبار تقويم جارية الولد البالغ، كالرواية المتضمنة لشكاية الولد إلى النبي صلى الله عليه و آله و سلم و تقديم عقد الجدّ بأنّها و أباهما للجدّ، و الاستدلال بها يقتضى ثبوت ولاية الأب على الولد البالغ و ماله، و لا ريب أنّه

(١) نفس المصدر و الباب، ح ٣.

(٢) نفس المصدر و الباب، ح ٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٨، الباب ٧٩ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٨، الباب ٧٩ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

(٥) نفس المصدر ١٣: ٣٣٧، الباب ٥ من كتاب الهبات، ح ٤.

(٦) الاستبصار ٣: ٥١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٧٤

لا ولاية له على ولده البالغ و ماله، و وافقه فى هذا الإشكال السيد الخوئى قدس سره و الاستاذ الفقيه الشيخ جواد التبريزى دام ظلّه «١». و يمكن الجواب عنه: بأنّ دلالته هذه الأخبار و غيرها على التصرفات المعاملية و التصرفات الخارجيه للأب فى أموال الصغار واضحة لا شبهة فيها. و أمّا الولد البالغ و ابنته البالغة كما فى مكاتبه الحسن بن محبوب «٢»، فنقول:

أولاً: بأنّ الأخبار تنصرف «٣» عن ولاية الأب على البالغين؛ لأنه من المعهود أنّ البالغ مكلف و مستقلّ فى نفسه و ماله، و لا سلطنة للغير عليه و على ماله، و هو كالضرورى.

و ثانياً: لو قلنا بأنّ الأدلة مطلقه تشمل الولاية على البالغين أيضاً، و لكنّ تحمل على المقيّدات و يعمل بها فى غير موردها، و هو مورد ولاية الأب و الجدّ على مال الطفل و نفسه، كما يستظهر هذا من بعض عبارات الإمام الخمينى قدس سره «٤».

الطائفة الرابعة: تدلّ على أنّه لو اتّجر بمال الطفل فيه الزكاة:

منها: صحيحة

□
محمد بن مسلم قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: هل على مال اليتيم زكاة؟ قال: «لا، إلّا أن يتّجر به أو تعمل به» «٥».

حيث تدلّ على جواز الاتّجار بمال الطفل، و تثبت الولاية للأب أيضاً بعدم القول بالفصل.

و منها: صحيحة

□
الحلبى، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قلت له: فى مال اليتيم عليه

(١) حاشية الإيروانى على المكاسب ٢: ٣٦٣، مصباح الفقاهة ٥: ١٦، إرشاد الطالب ٣: ٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٨ الباب ٧٩ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

(٣) لا يخفى أنّه بعد كون مورد بعض الأخبار هو الولد البالغ فلا وجه لدعوى الانصراف. م ج ف.

(٤) كتاب البيع ٢: ٤٣٩ و ٤٤٢.

(٥) وسائل الشيعة ٦: ٥٧ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٧٥

زكاة؟ فقال: «إذا كان موضوعاً فليس عليه زكاة، فإذا عملت به فأنت له ضامن و الربح لليتيم» «١».

و دلالته كالمقدمة واضحة.

و منها: موثقة

□
سماعة بن مهران، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قلت له: الرجل يكون عنده مال اليتيم فيتّجر به أ يضمّنه؟ قال: نعم، قلت: فعليه

زكاة؟ فقال: لا، لعمري لا أجمع عليه خصلتين: الضمان، و الزكاة «٢».

و منها: خبر

محمّد بن الفضيل قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن صبيّه صغار لهم مال بيد أبيهم أو أخيهم هل يجب على مالهم زكاة؟

فقال: «لا يجب فى مالهم زكاة حتّى يعمل به، فإذا عمل به وجبت الزكاة، فأما إذا كان موقوفاً فلا زكاة عليه» «٣».

و كذا روايات سعيد بن السّمان ٤ و أبى العطار الخياط ٥ و منصور بن الصيقل ٦.

و هذه الأخبار مع أنّ فيها الصحاح و الموثقات تدلّ على جواز التصرفات المعاملية، كالاتّجار و البيع و الشراء بمال الطفل، و أنّ هذه

المعاملات صحيحة نافذة شرعاً، فينتج لأجل صحّة هذه التصرفات إثبات ولاية الأب و الجدّ و الوصى و غيرهم، كأمين الحاكم و

عدول المؤمنين، و حيث اقتصر في خبر محمد بن الفضيل على جواز التصرف للأب، فيثبت ولايته فقط، و لكن إطلاق الوارد في سائر النصوص يشمل الجد أيضاً و كذلك يطلق الأب على الجد، مضافاً إلى إمكان إثبات ولايته بعدم القول بالفصل أيضاً. الطائفة الخامسة: تدل على كفاية قبض الأب في باب الوقف: وردت في باب الوقف و الهبة نصوص تدل على أن من شرائط الوقف و الهبة

(١) نفس المصدر: ٥٤ الباب ١ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ١.

(٢) نفس المصدر: ٥٨ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ٥.

(٣) (٣) (٤) (٥) (٦) نفس المصدر و الباب، ح ٤، ٢، ٣، ٧.

موسوعة أحكام الأطلاق و أدلتها، ج ٢، ص: ١٧٦

أن يقبضه الموقوف عليه، و الموهوب له، أو من يتولى عنهم، و أنه يكفي قبض الأب عن ولده الصغار إذا كانوا هم الموقوف عليهم. ١- صحیحه

محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال في الرجل يتصدق على ولده و قد أدركوا: «إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز؛ لأن والده هو الذي يلي أمره» (١).

و المراد من الصدقة على الأطلاق الوقف عليهم و الأب يقبضه، فيتحقق شرط لزوم الوقف؛ لأن للأب ولاية على مال ولده الصغير. ٢- صحیحه

جمیل بن دراج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تصدق على ابنه بالمال أو الدار أله أن يرجع فيه؟ فقال: «نعم، إلا أن يكون صغيراً» (٢).

أما صحه الرجوع إلى المال؛ فلأن الموقوف عليه لم يقبضه، و إذا لم يقبضه الموقوف عليه، أو من يتولى عنهم لم يصح الوقف و كان باقياً على ما كان عليه من الملك (٣). فيصح للأب الرجوع من الوقف؛ لأن المال الموقوف قبل القبض باق في ملكه.

و أما إذا كان الموقوف عليهم أولاده الصغار جاز الوقف؛ لأن الوالد يقبضه ولاية عليهم، فلا يصح الرجوع و قد خرج عن يده و ملكه. ٣- و كذا صحیحه اخرى لجميل (٤) و رواية عبيد بن زرارة (٥) و صحیحه ثالثة لجميل،

عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل وهب لابنه شيئاً هل يصلح أن يرجع فيه؟ قال: «نعم، إلا أن يكون صغيراً» (٦).

(١) نفس المصدر ١٣: ٢٩٧ الباب ٤ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ١.

(٢) نفس المصدر و الباب، ح ٧.

(٣) النهاية للطوسي: ٥٩٥.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٢٩٨ الباب ٤ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ٢.

(٥) نفس المصدر و الباب، ح ٥.

(٦) نفس المصدر ١٣: ٣٣٧ الباب ٥ من كتاب الهبات، ح ١.

موسوعة أحكام الأطلاق و أدلتها، ج ٢، ص: ١٧٧

٤- صحیحه

على بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال: سألته عن الصدقة إذا لم تقبض هل تجوز لصاحبها؟ قال: «إذا كان أب

تصدق بها على ولد صغير فإنها جائزة؛ لأنه يقبض لولده إذا كان صغيراً، وإذا كان ولداً كبيراً فلا يجوز له حتى يقبض» الحديث «١». و كذا موثقة داود بن الحصين ٢.

وهذه النصوص تدلّ بالصرحة على أنّ الأب هو المتولّي لأمر الصغير في الأموال.

٥- وكذلك الأخبار التي تدلّ على أنّ من تصدق على ولده الصغار بشيء ثم أراد أن يدخل معهم غيرهم، كصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يجعل لولده شيئاً وهم صغار، ثم يبدو له أن يجعل معهم غيرهم من ولده، قال: «لا بأس» «٣».

وعلى الإمام عليه السلام في صحيحة على بن جعفر بأنه «يصنع الوالد بمال ولده ما أحب» «٤».

و كذا مرسله أبان «٥»، وأخبار المضاربة في مال اليتيم «٦»، وهكذا طوائف أخرى من الروايات سند كرها في باب الوصية للطفل. و كذا في جواز البيع والمضاربة بماله وغيرها. والحاصل: أنّ ولاية الأب والجدّ على أموال الصغير من ضروريّ الفقه و مورد للإجماع والشهرة، كما يطلع عليه من تتبع الأبواب المتفرقة في الفقه، مثل

(١) (١، ٢) نفس المصدر و الباب، ح ٥ و ٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٣٠١ الباب ٥ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ٣.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٣٠٢ الباب ٥ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ٥.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٣٣٤ الباب ٤ من كتاب الهبات، ح ١.

(٦) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، ح ١-٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٧٨

كتاب النكاح و المضاربة و الحجر و الزكوات و الوقوف و الصدقات و الهبات و الوصايا و غيرها، بل هذا ممّا قامت به السيرة العقلية؛ إذ ليس ذلك مخصوصاً بالشرعية الإسلامية، بل جارية في غيرها من الشرائع أيضاً «١».

«الولاية على أموال الصغار عند فقهاء أهل السنة»

أ- الشافعية

قال النووي: «يلي أمر الصبي... الأب ثم الجدّ، ثم وصيهما، ثم القاضي، أو من ينصبه القاضي...»

ولي الصبي أبوه بالإجماع. قال ابن حزم: الصبي يشمل الصبيّة و العبد يشمل الأمة «٢». ثم الجدّ أبو الأب و إن علا، كما في ولاية النكاح... ثم الوصي؛ أي المنسوب من جهة الأب أو الجدّ، أو وصي من تأخر موته منهما؛ لأنه يقوم مقامه، و شرطه العدالة، ثم القاضي أو من ينصبه، و يسبى: أمينه، استدلالاً بحديث

عائشة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، مرتين أو ثلاث مرّات، فإن اشتجروا فالسلطان وليّ من لا وليّ له» «٣».

و القاضي وليه في النكاح كما هو وليه في المال «٤». و اختاره أيضاً الرافعي «٥» و الشربيني «٦».

و قال الماوردي: «إذا كان وليّ الطفل أباً أو جدّاً، فهو يستحقّ الولاية عليه

(١) مصباح الفقاهة ٥: ١١.

(٢) عنه في مغنى المحتاج ٢: ١٧٣.

(٣) أخرجه ابن ماجه ٢: ٤٣٤ ب ١٥ ح ١٨٧٩ و أبو داود ٢: ٣٩١ ح ٢٠٨٣ و الدارمي ٢: ٩٦ ح ٢١٨٠ و البيهقي ١٠: ٢٩١ ح ١٣٨٩٤ و ١٣٩٥.

(٤) المجموع شرح المهذب ١٤: ١٢١، روضة الطالبين ٣: ٤٧٥.

(٥) العزيز شرح الوجيز ٥: ٨٠.

(٦) مغنى المحتاج ٢: ١٧٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٧٩

بنفسه؛ لفضل حنّوه و كثرة نفقته، و انتفاء التهمة عنه في تصرّفاته، ألا ترى أنّ رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم وصف حاله مع ولده فقال: الولد مَجْبَنَةٌ محزنة مجهلة. فوصفه بهذه الصفة؛ لما جُبل عليه من محبته» (١).

و في هامشه حديث

عبد الله بن عثمان بن خثيم (٢) قال: أخذ رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حسناً و حسيناً، فجعل هذا على هذا الفخذ، و هذا على هذا الفخذ، ثم أقبل على الحسن فقبله، ثم أقبل على الحسين فقبله، ثم قال: «اللهم إني أحبهما فأحبهما» ثم قال: «إنّ الولد مَجْبَنَةٌ مَبْخَلَةٌ مجهلة» (٣).

ب- الحنفية

قال الكاساني في البدائع: «و أمّا الولاية في الأصل نوعان ... و أمّا الثاني: فهو ولاية الأب و الجدّ أب الأب و الوصيّ و القاضي، و هو نوعان أيضاً: ولاية النكاح و ولاية غيره من التصرفات ... أمّا الأوّل فسبب، هذا النوع من الولاية في التحقيق شيان: أحدهما الابوة، و الثاني القضاء؛ لأنّ الجدّ من قبل الأب أب لكن بواسطة، و وصيّ الأب و الجدّ استفاد الولاية منهما، لكن ذلك ولاية الابوة من حيث المعنى ...»

أمّا الابوة؛ فلأنّها داعية إلى كمال النظر في حقّ الصغير، لوفور شفقة الأب و هو قادر على ذلك لكمال رأيه و عقله، و الصغير عاجز عن النظر لنفسه بنفسه، و ثبوت ولاية النظر للقادر على العاجز عن النظر أمر معقول مشروع؛ لأنّه من باب الإعانة على البرّ، و من باب الإحسان، و من باب إعانة الضعيف و إغاثة اللهفان، و كلّ ذلك

(١) الحاوي الكبير ٧: ١٢٠.

(٢) نفس المصدر.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنّف ١١: ١٤٠ ح ٢٠١٤٣، و ابن ماجه في سننه ٤: ٢١٦ ح ٣٦٦٦، و البيهقي ١٥: ٢٧٦ ح ٢١٤٦٢، و الحاكم ٣: ١٧٩ ح ٤٧٧١، و أحمد ٦: ١٧٨ ح ١٧٥٧٣، من حديث يعلى العامري.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٨٠

حسن عقلاً و شرعاً..».

ثمّ شرع في بيان شرائطها، فقال: «و أمّا شرائط الوليّ فأشياء:

الشرط الأوّل: أن يكون حرّاً...

الشرط الثاني: أن يكون عاقلاً فلا ولاية للمجنون؛ لما قلنا.

و منها: إسلام الوليّ إذا كان المولّي عليه مسلماً» (١).

ج- الحنابلة

إنهم قائلون أيضاً بولاية الأب و الجدّ، قال ابن قدامة في الكافي: «و يتولّى الأب مال الصبيّ و المجنون؛ لأنّها ولاية على الصغير، فقدّم فيها الأب كولاية النكاح، ثم وصّيه بعده؛ لأنّه نائبه، فاشبهه وكيله في الحياة، ثمّ الحاكم؛ لأنّ الولاية من جهة القرابة قد سقطت» (٢... ٢) و شبيه هذا الكلام في كشّاف القناع (٣).

د- المالكية

و عندهم الولاية على الصغير- ذكراً كان أو انثى- للأب ثمّ لوصيّيه أو وصيّ و صيّيه، ثمّ الحاكم أو من يقوم مقامه، و لا ولاية للجدّ و لا للأمّ و لا لغيرهم من الأقارب.
قال في عقد الجواهر: «و وليّ الصبيّ أبوه، و عند عدمه الوصي أو وصيّيه، فإن لم يكن فالحاكم، و لا ولاية للجدّ و لا للأمّ و لا لغير من ذكرنا» (٤). و هكذا في شرح الزرقاني (٥)

(١) بدائع الصنائع ٤: ٣٤٩-٣٥٠.

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد ٢: ١٠٧.

(٣) كشّاف القناع للبهوتي الحنبلي ٣: ٥٢١.

(٤) عقد الجواهر الثمينه لابن شاس ٢: ٦٣٠.

(٥) شرح الزرقاني لأبى الضياع ٣: ٢٩٧-٢٩٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٨١

المبحث الثاني: تعميم الولاية للأجداد كلهم

إشارة

و فيه مطالب:

المطلب الأول: عدم اختصاص الولاية بالجدّ الداني

إشارة

ظاهر كلمات الفقهاء أنّ الولاية لا تختصّ بالجدّ الداني، بل تعمّ العالی أيضاً، كما صرّح به في التذكرة (١) و الروضة (٢) و المسالك (٣) و الكفاية (٤) و الرياض (٥) و غيرها (٦). و ادّعى في المناهل (٧) أنّه لا خلاف فيه.

و الوجه في ذلك، أنّ العرف يفهم من التعليل الوارد في معتبرة عبيد بن زرارة، و معتبرة علي بن جعفر أنّ الأجداد كالجّد القريب و كالأب في الولاية، و لا فرق بين الجّد و جدّ الجّد و إن علا؛ لأنّه ورد فيها

«الجّد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً...»

و يجوز عليها تزويج الأب و الجدّ (٨).

و هكذا إطلاق الجّد يشمل الجدّ العالی و الداني.

قال الشيخ الأعظم: «لا خلاف ظاهرًا- كما ادّعى- في أنّ الجّد و إن علا

(١) التذكرة ٢: ٥٨٧، الطبعة الحجرية.

(٢) الروضة البهية ٥: ١٥٠ و ج ٤: ١٠٥.

(٣) مسالك الأفهام ٤: ١٦١.

(٤) حكاة عنه في المناهل ص ١٠٥.

(٥) رياض المسائل ٥: ٣٩٠.

(٦) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٤٤٢ مع تصريف، مصباح الفقاهة ٥: ٢٨ - ٢٩.

(٧) المناهل: ١٠٥.

(٨) وسائل الشريعة ١٤: ٢١٨ - ٢١٩ الباب ١١ من أبواب عقد النكاح، ح ٢، ٥، ٧، ٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٨٢

يشارك الأب في الحكم، و يدلّ عليه ما دلّ على أنّ الشخص و ماله - الذي منه مال ابنه - لأبيه. و ما دلّ على

أنّ الولد و والده لجدّه» «١»

. و هكذا مقتضى قوله عليه السلام في رواية الكافي و غيره،

يجوز عليها تزويج الأب و الجدّ

عدم الفرق بين الأجداد.

قال الإمام الخميني قدس سره بعد نقل بعض الروايات المتقدمة و تقريب الاستدلال بها و وجه الجمع بينها ما هذا نصّه: «و الظاهر المتفاهم منها بحكم التعليل عدم الفرق بين الجدّ و جدّ الجدّ و إن علا... فإنه يفهم العرف من التعليل - الوارد في الروايات - أنّ الأجداد كالجدّ القريب و كالأب في الولاية - إلى أن قال: - فإنّ جعل الولاية للأب و الجدّ و إن علا ليس بجعل النبيّ صلى الله عليه و آله، بل بجعل إلهي، بل لا يبعد أن يكون حكم الله تبارك و تعالي بنفوذ تصرفاتهم موضوعاً لانتزاع الولاية، لا أنّ المجعول هي بلا واسطة» «٢».

و لكن توقّف في الجواهر و قال: «في تعدّي الحكم إلى أب الجدّ و جدّ الجدّ و إن علا مع الأب نظر، و لعلّ إطلاق القائل يقتضيه. نعم، قد يتوقّف في تقديمه على من هو أدنى منه؛ لعدم انبساطه من الأب، فتأمل جيّداً» «٣».

الإيراد على الاستدلال و الجواب عنه

و ربما يستشكل في صحّة هذا الاستدلال بالنبوي على ولاية جدّ الجدّ و إن علا، بأنّه يلزم منه إثبات الموضوع بالحكم، نظير الإشكال الذي في حجّية الأخبار مع الوساطة في باب حجّية الخبر الواحد.

(١) المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٤٢.

(٢) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٤٤٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٦: ١٠٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٨٣

و تقريب الإشكال: أنّ كون الابن و ماله لأبيه ثبت بالنبويّ المتقدّم «١»، فكيف يمكن إثبات كون الأب و ماله للجدّ. و من جملة

أموال الأب بحكم هذا النبوى ابنه و ماله، و هكذا بالنسبة إلى جدّ الجدّ، فيلزم أن يتحقّق الموضوع بالحكم، و نسبة الموضوع إلى الحكم نسبة المعروف إلى العرض، فلا يعقل أن يكون الحكم موجداً لموضوعه، لاستلزامه الدور المحال؛ لأنّ وجود الحكم يتوقّف على الموضوع، و لو توقّف الموضوع على الحكم بحسب الفرض لزوم الدور.

و يندفع هذا الإشكال بأنّ الذى لا يعقل هو إثبات الحكم موضوع شخصه لا إثبات موضوع لحكم آخر؛ فإنّ هذا بمكان من الإمكان، و المقام من هذا القبيل؛ لأنّ ثبوت كون الابن و ماله للجدّ بالنبوى، يوجب تحقّق موضوع لحكم آخر، و هو كون الأب و ماله للجدّ؛ لأنّه يستفاد من النبوى الكبرى الكليّة القابلة للانحلال عرفاً، و ترتّب هذه الكبرى الكليّة على موضوعات متعدّدة، فالابن و ماله للأب بحكم النبوى، و يثبت به موضوع لحكم آخر، و هو أنّ الأب و ماله - و من جملة ماله مال الابن - للجدّ بحكم هذا النبوى أيضاً. و هكذا جدّ الجدّ، فكلّ حكم لموضوع يوجب لتحقّق موضوع آخر و يترتّب عليه حكمه الآخر، فتكون موضوعات متعدّدة لأحكام متعدّدة، غاية أنّ الأحكام تكون من سنخ واحد، و تعدّد الأحكام إنّما ينشأ من انحلال قضية أنّ كلّ ابن و ماله لأبيه، كما هو الشأن فى جميع القضايا الحقيقية، حيث إنّها تنحلّ إلى أحكام متعدّدة حسب ما لموضوعها من الأفراد «٢».

المطلب الثانى: كون الأجداد فى مرتبة واحدة

بعد ما ثبت أنّ للأجداد ولاية على أموال الصغار فيمكن أن يقع سؤال، و هو أنّه هل يكونوا فى مرتبة واحدة، أو تختصّ الولاية بالجدّ الأدنى، و بعده الجدّ العالى،

(١) فى ص ١٦٢.

(٢) حاشية الإيروانى على مكاسب الشيخ: ١٥٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٨٤

و بعده الجدّ الأعلى إن كان باقياً، و هكذا؟ فيه قولان:

الأول: أنّه تختصّ الولاية بعد موت الأب بالجدّ الأدنى، بمعنى أنّ الأقرب يمنع الأبعد «١» كما اختاره فى المسالك «٢»، و حكى أيضاً عن جامع المقاصد و الكفاية «٣».

الثانى: - و هو الأقوى - أنّ الأجداد كانوا فى مرتبة واحدة، فكلّهم أولياء بالاستقلال، و يظهر هذا من إطلاق الشرائع «٤» و المختصر النافع «٥»، و اختاره فى التبصرة «٦» و الإرشاد «٧» و التحرير «٨» و القواعد «٩» و التذكرة «١٠» و الدروس «١١» و اللمعة «١٢» و كنز العرفان «١٣» و الروضة البهية «١٤» و الرياض «١٥» و غيرهم «١٦»

(١) الظاهر عدم الكليّة لهذه القاعدة و التتبع يثبت، كما أنّ وجود الأب فى المقام لا يمنع الجدّ الأدنى؛ بمعنى أنّ ولاية الجدّ الأدنى ليست فى رتبة مؤخّرة عن ولاية الأب، بل يشتركان؛ بمعنى نفوذ تصرف أحدهما مع فقد تصرف الآخر. م ج ف.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ١٧١.

(٣) حكاة السيد المجاهد فى المناهل: ١٠٥، و لكن لم نثر عليه فى جامع المقاصد و كفاية الأحكام. نعم، فى ج ٥: ١٨٧ هكذا: «و هل يكون للجدّ الأعلى مع وجود الأدنى ولاية؟ فيه نظر».

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٨.

(٥) المختصر النافع: ١٤٦.

(٦) تبصرة المتعلّمين: ٩٦.

(٧) إرشاد الأذهان ١: ٣٦٠.

(٨) تحرير الأحكام ٢: ٥٤١ ج ٣: ٤٣٣.

(٩) قواعد الأحكام ٢: ١٣٥.

(١٠) حكاة فى المناهل: ١٠٥ عن التذكرة.

(١١) الدروس الشرعية ٣: ١٩٢.

(١٢) اللعة الدمشقية: ٦٢.

(١٣) كنز العرفان فى فقه القرآن ٢: ٢٠٩.

(١٤) الروضة البهية ٤: ١٠٥.

(١٥) رياض المسائل ٥: ٦٣.

(١٦) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٤٤٠ و ٤٤٢، تحرير الوسيلة ٢: ١٤، كتاب الحجر مسألة ٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٨٥

و الوجه فى ذلك: أن المقتضى لولايتهم حال كونها فى مرتبة واحدة موجود و المانع مفقود. أما المقتضى، فلأن مقتضى إطلاقات

باب النكاح- مع التعليل المذكور فى الروايات من قوله صلى الله عليه و آله:

«أنت و مالك لأبيك» (١)

- عدم الفرق بين الأجداد فى ذلك.

و أما عدم المانع، فلأن ما توهم من المانع ليس إلّا قوله- تعالى:- (وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ) «٢»*.

بناءً على أن يدعى بأن الآية تشمل الولاية أيضاً، و لكتها وردت فى الإرث، فلا يجوز التمسك بها فى المقام كما هو ظاهر لمن تأمل

فيها و تدبر فى القرائن المحفوف بها، و ممّا قلنا ظهر ما فى الوجه الأول.

المطلب الثالث: تقارن تصرف الأب و الجد

إشارة

قد عرفت اشتراك الأب و الجد فى الولاية؛ بمعنى نفوذ تصرف أحدهما مع فقد تصرف الآخر، أو الموافقة و عدم المعارضة، أو سبق

تصرف المتصرف منهما. و أما مع التقارن، كما إذا باع أحدهما شيئاً من أموال الصغار لشخص، و باع الآخر ذلك الشيء بعينه لغير

ذلك الشخص، و وقع عقدهما فى آن واحد، ففى تقديم تصرف الأب أو الجد أو البطلان احتمالات:

الاحتمال الأول: أنه يقدم الأب. قال فى كتاب الوصايا من التذكرة: «إن ولاية الأب مقدمه على ولاية الجد، و ولاية الجد مقدمه على

ولاية الوصى للأب، و الوصى للأب و الجد أولى من الحاكم» (٣)

(١) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٤-١٩٥ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ١ و ٢.

(٢) سورة الأنفال ٨: ٧٥، و سورة الأحزاب ٣٣: ٦.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٠، الطبعة الحجرية.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٨٦

الاحتمال الثاني: أنه يقدم عقد الجدّ، تمسكاً بفحوى ما دلّ على تقدّم عقده في التزويج من الإجماعات و النصوص المستفيضة، و قال في التذكرة: «حكم الجدّ أولى لو عارضه الأب» (١).

الاحتمال الثالث: بطلان كلا العقدين، تمسكاً بقاعدة استحالة الترجيح من غير مرجح.

ويظهر من الروضة التوقف في ذلك، حيث قال: «لو اجتماعاً، فإن اتفقا على أمر نفذ، وإن تعارضا قدم عقد السابق، فإن اتفقا ففي بطلانه أو ترجيح الأب أو الجدّ أو جهة» (٢).

الاحتمال الرابع: أنه يقرع بينهما (٣).

الاحتمال الخامس: أنه يتخير الحاكم بينهما (٤).

قال المحدّث البحراني: «و المسألة خالية من النصّ، فمن أجل ذلك حصل التردّد فيها، و الاحتمال في تقديم كلّ من الجدّ و الأب على الآخر» (٥).

و قال الإمام الخميني قدس سره و نعم ما قال: «الأب و الجدّ مستقلّان في الولاية، فينفذ تصرّف السابق منهما ولغا اللاحق، و لو اقترنا ففي تقديم الجدّ أو الأب، أو عدم الترجيح و بطلان تصرّف كليهما وجوه بل أقوال، فلا يترك الاحتياط» (٦).

و كذا في تفصيل الشريعة، و زاد «أن الاحتياط يحصل بما فيه النفع الأكثر و الغبطة الكاملة» (٧).

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٠، الطبعة الحجرية، جامع المقاصد ٥: ١٨٧، مسالك الأفهام ٤: ١٦١-١٦٢.

(٢) الروضة البهية ٤: ١٠٥-١٠٦.

(٣) (٣، ٥) المناهل: ١٠٥.

(٤) الحدائق الناضرة ١٨: ٤٠٨.

(٥) تحرير الوسيلة ٢: ١٤ مسألة ٧.

(٦) تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٣٠٢-٣٠٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٨٧.

آراء فقهاء أهل السنة في مسائل هذا المبحث

أ- الحنفية

إنهم يعتقدون بأن أولى الأولياء الأب، ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم الجدّ، ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم القاضي، ثم من نصبه القاضي، و يعلّل الكاساني هذا الترتيب بقوله: «و إنما ثبت الولاية على هذا الترتيب؛ لأنّ الولاية على الصغار باعتبار النظر لهم لعجزهم عن التصرف بأنفسهم و النظر على هذا الترتيب؛ لأنّ ذلك مبني على الشفقة» (١)، و شفقة الأب فوق شفقة الكلّ، و شفقة وصيه فوق شفقة الجدّ؛ لأنّه مرضي الأب و مختاره، فكان خلف الأب في الشفقة، و خلف الشيء قائم مقامه كأنّه هو، و شفقة الجدّ فوق شفقة القاضي ... و كذا شفقة وصيه؛ لأنّه مرضي الجدّ، ثم قال: و ليس لمن سوى هؤلاء من الامّ و الأخ و العمّ و غيرهم ولاية التصرف على الصغير في ماله» (٢).

ب- الشافعية

إنهم قالوا: وليّ الصبيّ أبوه، ثم جدّه أبو الأب، ثم وصيهما، ثم القاضي، و لا ولاية عند الشافعية للامّ في القول الأصحّ قياساً على النكاح، و في القول الثاني لها الولاية المالية بعد الأب و الجدّ و تقدّم على وصيهما لكمال شفقتها (٣).

(١) و ما أدري وليت شعري كيف يكون الحكم مبيّراً على الشفقة؛ فإننا إذا قلنا بأن ثبوت الولاية للأب إنما هو بجعل إلهي، فهي محدودة بما حدده الشارع المقدس، و الترتيب تابع له أيضاً، و إذا قلنا بأنها ليست تأسيساً شرعياً، بل سيرة العقلاء تدلّ على ذلك، فهي مجمله من هذه الجهة جدّاً، و عليه: فلا وجه للتعرّض للشفقة أصلاً، ثم لو أغمضنا النظر عن ذلك، فكيف يمكن أن يقال إن شفقة الوصي فوق شفقة الجدّ. م ج ف.

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٣، ردّ المحتار ٦: ١٧٤.

(٣) نهاية المحتاج ٤: ٣٧٣-٣٧٥، المجموع شرح المهذب ١٤: ١٢١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٨٨

ج- الحنابلة

قالوا: تثبت الولاية المالية للأب، ثم بعد الأب وصيه، ثم للحاكم، فإن لم يوجد حاكم فأمينٌ يقوم به، و الامّ و سائر العصابات لا ولاية لهم «١».

د- المالكية

و رأيهم كراى الحنابلة «٢».

فالحنفية و الشافعية قائلون بولاية الجدّ، إلّا أنّ الشافعية يقدّمونه على وصي الأب، بخلاف الحنفية الذين قالوا: بأن ولايته متأخّرة عنه، و أمّا الحنابلة و المالكية لا يقولون بولاية الجدّ.

و أيضاً الشافعية قالوا بولاية الامّ فى أحد قوليهما، بخلاف المذاهب الثلاث الأخر.

(١) الإقناع ٢: ٢٢٣، كشّاف القناع ٣: ٥٢١، المغنى ٤: ٥٢٦.

(٢) عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦٣٠ حاشية الدسوقي ٣: ٢٩٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٨٩

المبحث الثالث: شرائط ولاية الأب و الجدّ على أموال الصغار

إشارة

و فيه مطالب:

المطلب الأول: اشتراط العدالة

إشارة

هل يشترط فى ثبوت الولاية للأب و الجدّ عدالتهم، أو لا؟

أقوال:

[القول] الأول: أنه يعتبر في موضوع ولاية الأب و الجَدَّ العدالة

إشارة

، اختاره في الإيضاح «١»، و حكاه في مفتاح الكرامة «٢» و الجواهر «٣» عن الوسيلة، و لكن لم نعثر عليه في الوسيلة. نعم، اشترط في تصرف الولي كونه ثقة، و في الوصي أن يكون عادلاً. و يظهر من القواعد التوقف في المسألة، حيث قال: «و يشكل الأمر في الأب الفاسق» «٤»، و لكن استظهر منه المحقق الأردبيلي القول باشتراط العدالة، حيث قال: «إن ظاهر أكثر العبارات خاليه عن اشتراط العدالة في الأب و الجد. نعم، في القواعد و شرحه إشارة إلى ذلك» «٥»

(١) إيضاح الفوائد ٢: ٦٢٨.

(٢) مفتاح الكرامة ٥: ٢٥٧.

(٣) جواهر الكلام ٢: ١٠٢.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٤.

(٥) مجمع الفائدة و البرهان ٩: ٢٣٢. إيضاح الفوائد ٢: ٦٢٧-٦٢٨، جامع المقاصد ١١: ٢٧٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٩٠

أدلة هذا الشرط «١»

و يمكن الاستدلال على لزوم هذا الشرط بأمور:

الأول: قوله - تعالى -: (وَ لَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ وَ مَا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ أَوْلِيَاءَ) «٢».

و تقريب الاستدلال بها: أنه بعد ما نهى الله - عزَّ و جلَّ عن ركون الناس إلى الظالم، و المراد به الفاسق و مطلق من عصي الله بقرينة (لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ) «٣» فهو - تعالى - أولى بذلك، فيجب أن لا يدفع أمر ولاية مال الصغير إلى الأب الظالم؛ لأنه ركون إليه و اعتماد به، و قد نهى سبحانه عنه.

و فيه نظر، أولًا: فإن المراد بالركون إلى الظالم الدخول في أعوانه و جعل الظالم ولياً على نفسه؛ حيث إن هذا في نفسه محرم، و القرينة على ذلك قوله - تعالى - في آخر الآية: (وَ مَا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ أَوْلِيَاءَ ثُمَّ لَا تُنصِرُونَ). و لذلك لم يلتزم أحد فيما نعلم باعتبار العدالة في الوكيل أو العامل في المضاربة أو المستعير أو الودعي و نحو ذلك، مع أن في جميع ذلك ركون من الموكل و المضارب و المالك إلى الوكيل و العامل و المعير و الودعي «٤».

قال الإمام الخميني قدس سره: «مع إمكان دعوى ظهور الآية الكريمة في الركون إلى ولاية الجور؛ فإن قوله - تعالى -: (فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ وَ مَا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ

(١) غير خفى أن الأدلة الدالمة على ثبوت الولاية للأب مطلقه و غير مشروطة بالعدالة، سيما ما ورد في تزويج الأب أو الجد، و أيضاً ظاهر القاعدة الكليية و هي «أنت و مالك لأبيك» التي هي آية عن تقييدها بالعدالة، فبناء على ذلك يحتاج التقييد إلى دليل آخر يكون بياناً عرفاً للأدلة المطلقة. م ج ف.

(٢) سورة هود ١١: ١١٣.

(٣) سورة البقرة ٢: ١٢٤.

(٤) إرشاد الطالب ٣: ٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٩١

مِنْ أَوْلِيَاءٍ ثُمَّ لَا تُنصِرُونَ) سياقه يشهد بأنّ الركون إليه أمر عظيم، و من الكبائر و ذو مفسدةٍ عظيمة؛ حيث أوعد عليه بالنار و عدم الأولياء و الناصر لهم، و هذا يناسب الركون إليهم، حيث ورد فيهم و فى إعانتهم ما ورد فى الأخبار، لا الركون و الميل إلى فاسقٍ كان سبب فسقه عدم ردّ السلام الواجب» (١).

و ثانياً: أنّ ذلك قياس فعل البارى المتعال بأفعال المكلفين مع أنّه مع الفارق جدّاً؛ فإنّ أفعاله - تعالى - موافقةٌ لصلاح النظام الكلى التكويني لا النظام التشريعى المحدود، كما أنّ جعله التشريعى لا بدّ و أن يوافق صلاح النظام التشريعى العام، و هو ممّا لا تحيط به العقول المحدودة، و لهذا ترى أنّه - تعالى - نهى عن التعاون على الإثم و العدوان، و مع ذلك جميع أسباب الإثم و العدوان موجودة بإرادته و فعله، و لا - شبهةً فى وجوب حفظ نفس المؤمن علينا و هو - تعالى قادر على حفظها و لم يحفظها، بل و كلّ ملك الموت بإماتتها.

و ثالثاً: أنّ الركون كالتصديق من فعل الجنان، فإمّا أن يحمل على العمل الخارجى و ترتيب الأثر له فيصير مرتبطاً بما نحن فيه.

و إمّا أن يحمل على نفس ما هو عمل الجنان و القلب من الميل و الحب، و عليه:

فلا مساس للآية بما نحن فيه؛ إذ يمكن إيكال أمر إلى ظالم مع النفرة عنه قلباً غاية النفرة.

ثمّ الظاهر من الآية عرفاً هو الثانى، خصوصاً بملاحظة ذيلها (فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ) و ملاحظة ما ورد فى تفسيرها من أنّ الرجل يأتي السلطان فيحبّ بقاءه إلى أن يدخل يده فى كيسه فيعطيه (٢).

(١) كتاب البيع ٢: ٤٤٩ - ٤٥٠.

(٢) كتاب البيع للشيخ الأراكى ٢: ١٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٩٢

و رابعاً: أنّ المراد من الركون فى الآية الكريمة ليس الركون فى الامور الدنيوية، بل المراد به هو الركون فى الامور الديتية (١) بقريته ذيلها (فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ). حيث إنّ ذلك نتيجة الركون إلى الظالم فى الامور الديتية لا فى الامور الدنيوية، و إلّا فلأزمه عدم جواز توكيل الفاسق فى الأموال الشخصية للبالغين الراشدين و كونه من المحرّمات الشخصية، فهى بديهى البطلان، و لا أنّه يجوز تأمين الفاسق و جعل الوديعه عنده (٢).

قال الشيخ الأعظم بعد حكاية اشتراط العدالة فيها: «و لعلّه أراد بنصّ القرآن آية الركون إلى الظالم ... و فى دلالة الآية نظر» (٣)، و لعلّ وجه النظر بعض هذه الوجوه التى ذكرناها.

الدليل الثانى: الاستدلال بآية النبأ الدالّة على عدم الاعتناء بقول الفاسق و نبئه، و ثبوت الولاية للفاسق مستلزم (٤) لقبول إخباراته و إقراراته، و هو منافٍ للآية، و أنّ بين مفاد الآية و دليل جعل الولاية تعارض العموم من وجه؛ لأنّ لازم جعل الولاية هو قبول إقراراته و إخباراته بالنسبة إلى ما تولّاه و إطلاقه يقتضى وجوب قبول قول الوليّ الفاسق، و الآية الشريفة بإطلاقها تشمل الوليّ الفاسق فيتعارضان فيه، فيجب رفع اليد عن مفاد الأخبار؛ لعدم إمكان تعارضها مع الكتاب (٥).

(١) كما أنّ الظاهر هو الركون فيما يرتبط بظلمه، و إلّا فالركون إليه مثلاً لدفع ظالم أقوى لا إشكال فيه، فتأمل. م ج ف.

(٢) مصباح الفقاهة ٥: ١٤.

(٣) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٦.

(٤) لا ملازمة بين قبول الخبر و ثبوت الولاية، فيمكن ثبوت الولاية مع عدم قبول إخباراته و إقراراته، و بعبارة أخرى: الكلام فى شرطية العدالة بالنسبة إلى نفوذ تصرف الولي مع قطع النظر عن إخباره أو إقراره. م ج ف.

(٥) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٤٥٠ - ٤٥١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٩٣

الجواب عن الاستدلال بآية النبأ

اجيب عن الاستدلال بآية النبأ فى المقام بوجوه:

الأول: ما ذكره المحقق الاصفهاني من أن عدم قبول قول الفاسق و إخباراته من حيث إنه فاسق لا ينافى قبول إقراراته و إخباراته من حيث ولايته و وكالته و نحوهما، حيث إن من ملك شيئاً ملك الإقرار به و نحوه، خصوصاً بعد الاتفاق على ولاية الفاسق أباً كان أو جدّاً على تزويج الصغير و الصغيرة، مضافاً إلى أن اعتبار ولاية الأب و الجدّ على الصغير و ماله مغاير لاعتبار ولاية غيره، بملاحظة أنه و ماله لأبيه، فهو كالولاية و السلطنة على نفسه و ماله عادلاً كان أو فاسقاً، فتدبر «١».

و أجاب عنه الإمام الخميني بأن ما ذكره المحقق الاصفهاني «إنما هو فى الحكم الحثي، كحليّة الغنم فى قبال حرمة الموطوء؛ فإن قوله - تعالى - : (أَحَلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةَ الْأَنْعَامِ) «٢» حكم حثي للبهيمة مقابل السباع مثلاً، و ليس فيه إطلاق حتى يعارض ما دلّت على حرمة الموطوء، بخلاف الآية الشريفة؛ فإنها كافلة لحكم فعلى له إطلاق على فرض الدلالة، فتعارض دليل اعتبار قول الأولياء، كما أن من ملك شيئاً ملك الإقرار به لو كان مفاد رواية أو معقد إجماع يكشف عن الحكم على هذا العنوان، لكان مفاده معارضاً للآية الكريمة بالعموم من وجه «٣»، فلا بدّ من الأخذ بها و رفض إطلاق الرواية أو معقد الإجماع «٤».

نقول: و الظاهر أن ما قاله المحقق الاصفهاني - جواباً عن الاستدلال بالآية

(١) حاشية كتاب المكاسب، للمحقق الاصفهاني ٢: ٣٧١ - ٣٧٢.

(٢) سورة المائدة ٥: ١.

(٣) الظاهر أن من ملك شيئاً ملك الإقرار به ليس معارضاً للآية بنحو العموم من وجه، بل تخصيص أو تقييد للآية الشريفة؛ بمعنى عدم وجوب التبيين فى هذا المورد، فتدبر. م ج ف.

(٤) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٤٥١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٩٤

الكريمة على اشتراط العدالة فى الولاية - وجيه.

و الدليل على هذا فهم العرف باختلاف الحث فى المورد؛ فإنهم فرّقوا بين الإخبار من حيث إنه خبر و يدلّ على واقعه فى الخارج، و بين الإخبار من الولي من حيث إعمال ولايته على مال الصغير.

الثانى: ما يستفاد من كلام الإمام الخميني رحمه الله، و هو أنه لا إطلاق «١» فى الآية الكريمة بالنسبة إلى عدم قبول قول وليّ الفاسق؛ حيث إن ظاهر الآية - و لو بملاحظة التعليل الوارد فيها - عدم جواز الاعتماد على خبر الفاسق فى الوقائع المهمّة، نحو خبر الوليد بكفر بنى المصطلق؛ لأنّ الاعتماد فى مثله يوجب تجهيز الجيش و قتال المرتدّين، و قتل العامّ الموجب للإصباح نادمين، أيّة ندامة عظيمة!! ففى مثله لا بدّ من الثبوت و التفتيش فى الواقعة لا العمل بقول الواحد أو الاثنين، سيّما إذا كان فاسقاً... فالآية أجنبيّة عن الحكم بعدم قبول قول الفاسق مطلقاً «٢».

الثالث: أن قبول إخبار الملاك و ذوى أبادى و الأولياء بالتصرفات فيما بأيديهم أو ثبوت ولايتهم عليها، مما جرت عليه السيرة العقلانية من دون نظرٍ إلى كونهم عدولاً، و الردع عمداً جرت عليه سيرتهم يحتاج إلى النهى عنه بخصوصه، و لا- يصح بالعموم و الإطلاق، و تفصيل ذلك فى الاصول فى بحث عدم كون الآيات الناهية عن اتباع غير العلم رادعة عن العمل بأخبار الثقات. أشار إلى هذا الجواب أيضاً الإمام الخمينى قدس سره «٣» و تبعه فى ذلك الاستاذ

(١) و الظاهر ثبوت الإطلاق؛ فإن كلمة النبأ مطلقه جدّاً، و التعليل بحسب المورد لا يكون مقيداً، و إلّا فاللزام أن يقال: إن التبيين واجب فى مورد يكون عدمه موجباً للندامة، و لم يقل به أحد. م ج ف.

(٢) كتاب البيع للإمام الخمينى قدس سره ٢: ٤٥١-٤٥٢.

(٣) نفس المصدر ٢: ٤٥٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٩٥

الشيخ جواد التبريزى «١».

الدليل الثالث: أن الفاسق سفيه، خصوصاً إذا كان شارب الخمر، و السفیه لا تثبت له الولاية مطلقاً، و فيه نظر، لمنع من أن الفاسق سفيه «٢».

الدليل الرابع: أن الأصل عدم ثبوت الولاية للأب و الجد؛ لأن الولاية على خلاف الأصل، فيلزم فيه الاقتصار على المتيقن «٣»؛ و هو صورة ثبوت العدالة لهما.

و فيه نظر؛ لأن الأصل بقاء الولاية لهما إذا كانا عدلين ثم فسقا، و لا قائل بالفصل بين الصور على الظاهر، مع أن المثبت للولاية مقدّم على النافى لهما، كما لا يخفى «٤».

فتحصّل ممّا ذكرنا أنه لا دليل على اشتراط العدالة فى ثبوت الولاية للأب و الجدّ.

إيضاح

قال المحقق الإيروانى: «و لا مجال لتوهم دخل العدالة على سبيل الموضوعية كما فى المقلد و القاضى و البيّنة و إمام الجماعة؛ لعدم الدليل عليه، بل هى طريق للحكم بوقوع تصرفات الولّى على طبق ما يعتبر أن يقع عليه من المصلحة أو عدم المفسدة، فلو فرض صدور التصرف من الفاسق على طبق ما يعتبر نفذ، كما أنه لو فرض صدور التصرف من العادل على خلاف ما يعتبر لم ينفذ و فسق بذلك إن كان عن عمدٍ.

(١) إرشاد الطالب ٣: ٩.

(٢) كتاب المناهل: ١٠٦.

(٣) مع وجود الإطلاق فى الأدلة الدالة على ثبوت الولاية لا مجال لأخذ المتيقن. م ج ف.

(٤) كتاب المناهل: ١٠٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٩٦

و بالجملة: الولّى فى مقدار ما هو ولّى فيه من التصرفات تصرفه نافذ.

نعم، طريق معرفة أن تصرفه غير متخطى عن ذلك القانون للأجانب هو العدالة «١».

و لقد أجاد الاستاذ الشيخ جواد التبريزى فى الردّ عليه، حيث قال: لا وجه لهذا الاعتبار لو كان مستند الحكم النهى عن الركون إلى

الظالم. نعم، لو كان المستند آية النبأ لكان الالتزام باعتبارها طريقاً وجيهاً «٢».

[القول الثانى] عدم اشتراط العدالة فى ثبوت الولاية للأب و الجد

إشارة

القول الثانى: أنه لا يشترط فى ثبوت الولاية للأب و الجد عدتهما، بل تثبت الولاية لهما و لو كانا فاسقين، كما يظهر من إطلاق كلام المحقق فى الشرائع و النافع «٣» و كذلك فى التبصرة «٤» و الإرشاد «٥» و التحرير «٦» و القواعد «٧» و الدروس «٨» و اللمعة «٩» و كنز العرفان «١٠» و الروضة «١١» و مجمع البرهان «١٢». و به قال جماعة من متأخرى

(١) حاشية المكاسب للايروانى ٢: ٣٦٣.

(٢) إرشاد الطالب ٣: ٩.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٨، المختصر النافع: ١٤٦.

(٤) تبصرة المتعلمين: ٩٦.

(٥) إرشاد الأذهان ١: ٣٦٠.

(٦) تحرير الاحكام ٢: ٥٤١.

(٧) قواعد الأحكام ٢: ١٣٥.

(٨) الدروس الشرعية ٣: ١٩٢.

(٩) اللمعة دمشقية: ٨٢.

(١٠) كنز العرفان ٢: ٤٩.

(١١) الروضة البهية ٤: ١٠٥.

(١٢) مجمع الفائدة و البرهان ٩: ٢٣٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٩٧

المتأخرين «١» و فقهاء العصر «٢».

قال العلامة: «و يشكل الأمر فى الأب الفاسق» «٣».

و قال المحقق الثانى فى توضيحه: «وجه الإشكال أن ولايته ثابتة بأصل الشرع تابعة لأبوته، و لم يشترط الشارع فى ولايته العدالة، و الفرق بينه و بين الأجنبى قائم؛ لأن شفقته المركوزة فى الجبله تمنعه من تضييع مصلحة أولاده، و من حيث إن الفاسق لا يركن إليه و ليس أهلاً للاستئمان» «٤».

أدلة قول الثانى

و يمكن الاستدلال على عدم اعتبار العدالة فى ولايتهما بامور:

الأول: الأصل، قال المحقق الأردبيلي: «إن ظاهر أكثر العبارات خالية عن اشتراط العدالة فى الأب و الجد... و الأصل يقتضى العدم» «٥».

و حكاه أيضاً عن الكفاية فى مفتاح الكرامة «٦». و قال الشيخ الأعظم الأنصارى: «المشهور عدم اعتبار العدالة؛ للأصل و الإطلاقات»

«٧»، و كذا فى الجواهر «٨»

- (١) مفتاح الكرامة ٥: ٢٥٧، جواهر الكلام ٢٦: ١٠٢، كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٥.
- (٢) البيع للإمام الخميني ٢: ٤٤٤، مصباح الفقاهة ٥: ١٣، إرشاد الطالب ٣: ٥، حاشية الأيرواني على المكاسب: ١٥٤، المكاسب و البيع للنائيني ٢: ٣٣٠، كتاب البيع للأراكي ٢: ٥، تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٣٠١.
- (٣) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٤.
- (٤) جامع المقاصد ١١: ٢٧٦.
- (٥) مجمع الفائدة و البرهان ٩: ٢٣٢.
- (٦) مفتاح الكرامة ٥: ٢٥٧.
- (٧) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٥.
- (٨) جواهر الكلام ٢٦: ١٠٢.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٩٨
- و ظاهر عطف الثاني على الأول، أنه لا يكون المراد من الأصل هي الإطلاقات أو القاعدة المستفاد منها، بل المراد منه الأصل العملي، أي البراءة أو الاستصحاب.
- و أما أصالة البراءة؛ فإن مثل حديث الرفع بناءً على شموله للأحكام الوضعية، فلا مانع من التمسك به و رفع ما يحتمل شرطيته في تأثير تصرفات الأب و الجد؛ لكونها مجهولة و يناسبه الامتنان.
- قال المحقق النائيني: «لا إشكال في أنه عند الشك في جزئية شيء للمركب أو شرطيته تجرى فيه البراءة الشرعية، و يندرج في قوله صلى الله عليه و آله:
- رفع ما لا يعلمون» (١)
- و به قال المحقق الخراساني (٢).
- و لكن المرفوع عند الشيخ قدس سره في «ما لا يعلمون» هو خصوص المؤاخذه على الأقرب و الأطهر، مع إشكال و تأمل فيه منه (٣).
- فبعد أن يكون المراد من الأصل هو البراءة. و أما الاستصحاب، فإن كان المراد به هو الاستصحاب النعتي؛ بأن يقال: إن الولاية كانت في زمان و لم تكن مشروطة بالعدالة، فكذلك الحال، فلا شبهة أنه لم يكن لذلك حالة سابقة؛ إذ ليس زماناً تكون الولاية ثابتة و لم تكن مشروطة بالعدالة حتى نستصحبها، و إن كان المراد منه أصل العدم الأزلي لسلم من إشكال عدم وجود الحالة السابقة، إلا أن الشيخ الأعظم قدس سره لا يقول به ٤. فعلى هذا لا أصل لهذا الأصل الذي ذكره المحقق الأردبيلي و السبزواري و الشيخ الأعظم كما أشار إليه المحقق الاصفهاني و تلميذه

(١) فوائد الاصول ٣: ٣٥٤.

(٢) كفاية الاصول: ٤١٧.

(٣) (٣، ٤) فوائد الاصول، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٥: ٢٨-٢٩، ٥٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ١٩٩

السيد الخوئي ١٠: (١).

و لعل المراد من الأصل هنا هو الأصل العقلاني؛ لأن العقلاء يلاحظون في تصرفات الأولياء في أموال الصغار بأن يكونوا أمناء و موثقين لحفظ المال و التصرف لمصلحة الطفل، و لا يعتبرون أزيد من الأمانة و الوثاقفة، فعدم اعتبار العدالة لهذا الأصل العقلاني، و لا

يكون المراد منه الأصل العملي، كالبراءة و الاستصحاب و غيرهما.

الثانى: أنّ العدالة لو كانت شرطاً فى ثبوت ولايتهما لاشتبهت روايته؛ لتوفّر الدواعى عليه، و إليه أشار فى جامع المقاصد بقوله:

«إنّ ولايته ثابتة بمقتضى النصّ و الإجماع، و اشتراط العدالة فيه لا دليل عليه» (٢).

الثالث: - و هو العمدة- إطلاق النصوص، قال الشيخ الفقيه الفاضل اللكرانى: «إنّ مقتضى إطلاق أدلته و لايه الأب و الجد له ثبوت الولاية لهما من غير التقييد بالعدالة، كما عرفت أنّه الأحوط فى المؤمنين، فثبوت فسقهما أو عروضة لا- يوجب بنفسه الخروج عن الولاية، بحيث لو راعيا المصلحة الكاملة فى التصرف فى أموال الطفل لكان التصرف بلا وجه و صادراً عن غير وليّ الشرعى، بل تصرفهما صحيح و صادر عمّن له الولاية» (٣).

و بالجملة: أهمّ النصوص ما يلى، و هى على طوائف:

الطائفة الاولى: ما ورد فى باب الوصية بالمضاربة بمال الولد الصغير، كموثقة محمد بن مسلم، عن أبى عبد الله عليه السلام، أنّه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده

(١) الحاشية على المكاسب للمحقق الاصفهاني ٢: ٣٧٠، مصباح الفقاهة ٥: ١٣.

(٢) جامع المقاصد ١١: ٢٧٦.

(٣) تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٣٠١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٠٠

و بمال لهم، و أذن له عند الوصية أن يعمل بالمال، و أن يكون الربح بينه و بينهم، فقال:

«لا بأس به، من أجل أنّ أباه قد أذن له فى ذلك و هو حى» (١)؛

فإنّها تدلّ على نفوذ تصرف الوالد فى مال ولده، و لها إطلاق يشمل حالتى الفسق و العدالة من جهتين:

شيرازى، قدرت الله انصارى و پژوهشگران مركز فقهى ائمه اطهار عليهم، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ٤ جلد، مركز فقهى ائمه

اطهار عليهم السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٩ هـ ق موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها؛ ج ٢، ص: ٢٠٠

الاولى: من جهة ترك الاستفصال فى صدرها، الثانية: من جهة إطلاق التعليل؛ لأنّه عليه السلام قال:

«من أجل أنّ أباه قد أذن له فى ذلك و هو حى».

و كذا ترك الاستفصال فى رواية خالد بن بكير أيضاً دليل على عدم اعتبار العدالة؛ فإنّ فى ذيلها:

«... و أمّا فيما بينك و بين الله - عزّ و جلّ فليس عليك ضمان» (٢).

الطائفة الثانية: ما ورد فى باب الوقف على الولد الصغير، كصحيحة

محمد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام، أنّه قال فى الرجل يتصدّق على ولده و قد أدركوا:

«إذا لم يقبضوا حتّى يموت فهو ميراث، فإنّ تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز؛ لأنّ والده هو الذى يلى أمره» (٣).

إذ مفاد التعليل أنّ الوالد الذى يلى أمر الصغير يكفى قبضه فى صحّة الوقف و لزومه؛ لأنّه وليّ الموقوف عليه، و هو قضية مطلقة شاملة لحالتى الفسق و العدالة.

و مثلها معتبرة عبيد بن زرارة؛ فإنّ فى ذيلها:

«لأنّ الوالد هو الذى يلى أمره» (٤ ...)

أى أمر الصغير.

و كذا معتبرة

على بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال: سألته

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٨، الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٢) نفس المصدر و الباب، ح ٢.

(٣) نفس المصدر ١٣: ٢٩٧، الباب ٤ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ١.

(٤) نفس المصدر و الباب، ح ٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٠١

عن رجل تصدق على ولده بصدقة، ثم بدا له أن يدخل غيره فيه مع ولده، أ يصلح ذلك؟ قال: «نعم، يصنع الوالد بمال ولده ما أحب، و الهبة من الولد بمنزلة الصدقة من غيره» (١)؛

فإن إطلاق التعليل في قوله عليه السلام:

«نعم، يصنع الوالد بمال ولده ما أحب»

يدل على عدم اعتبار العدالة في ولاية الأب، و يثبت في ولاية الجدّ بعدم القول بالفصل.

الطائفة الثالثة: ما ورد في باب نكاح الأب أو الجدّ ولده الصغير، كرواية

عبد الله (عبد الملك خ ل) بن الصلت قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن الجارية الصغيرة يزوجه أبوها لها أمر إذا بلغت؟ قال: لا، ليس لها مع أبيها أمر، قال:

و سألته عن البكر، إذا بلغت مبلغ النساء أ لها مع أبيها أمر؟ قال: ليس لها مع أبيها أمر ما لم تكبر (تثيب خ ل) «٢».

فإن مقتضى إطلاق الذيل - أعني «ليس لها مع أبيها أمر» - بل عمومه - حيث إنه نكرة في سياق النفي - أن أمورها كلّها مسلوبة «٣» عنها و مفوضة إلى أبيها، و أن أمورها الراجعة إلى نفسها و مالها موكولة إلى الوالد، و هذا معنى الولاية للأب، و لم يقتد بالعدالة. و مثلها معتبرة زرارة؛ فإن في ذيلها:

«و إن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا بأمر وليها» «٤»؛

فإن الظاهر من الولي متولى الأمور كلّها في الأموال و غيرها، و هو مطلق يشمل حالتى الفسق و العدالة، كما يظهر ذلك من كلام

(١) نفس المصدر ١٣: ٣٠٢، الباب ٥ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ٥.

(٢) نفس المصدر ١٤: ٢٠٨، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ح ٣.

(٣) الظاهر أن الرواية تدل على أنه مع تصرف الأب ليس لها أمر، و لا تدل على أن أمورها كلّها مسلوبة عنها. م ج ف.

(٤) وسائل الشيعة ١٤: ٢١٥، الباب ٩ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ح ٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٠٢

الشيخ الحائري قدس سره «١».

الرابع: الإجماع، قال في مفتاح الكرامة: «قد حكى في نكاح التذكرة «٢» الإجماع على ولاية الفاسق في النكاح» «٣» و فحواه يشمل ولاية على الأموال بطريق أولى».

و المتحصّل ممّا ذكرناه أنه لا يشترط في ولاية الأب و الجدّ عدالتهم نصّاً و فتوى و إجماعاً، و إنّما الكلام في رفع المانع الذى ذكره فخر المحققين في الإيضاح، حيث قال: «و الأصحّ عندى أنه لا ولاية له ما دام فاسقاً، لأنها ولاية على من لا يدفع عن نفسه و لا يعرف

عن حاله، و يستحيل من حكمه الصانع أن يجعل الفاسق أميناً يقبل إقراراته و إخباراته على غيره مع نصّ القرآن على خلافه» (٤).
و حاصله يرجع إلى أن تولية أمره إلى الفاسق تؤول أحياناً إلى تلف مال الصغير، و لعلّ مراده من نصّ القرآن «٥» آية الركون إلى الظالم «٦»، كما في جامع المقاصد «٧». و في دلالة الآية نظر يظهر ممّا تقدّم.

و أمّا الوجه العقلي الذي ذكره في الإيضاح فيه:

أولاً: أنّه لا يقتضى اعتبار العدالة، بل غاية ما يمكن أن يقال: هو اعتبار الوثاقة و الأمانة، فربما يكون الفاسق أوثق في الأموال من بعض العدول.

و ثانياً: أن إطلاق الأدلة المؤيد بالإجماع دليل قطعي على عدم اشتراط

(١) كتاب البيع للشيخ الأراكي ٢: ٧-٨.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٩٩، الطبعة الحجرية.

(٣) مفتاح الكرامة ٥: ٢٥٧.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٦٢٨.

(٥) الظاهر أن مراده من نصّ القرآن آية النبأ، و هذا بقريته المتقدمة. م ج ف.

(٦) سورة هود ١١: ١١٣.

(٧) جامع المقاصد ١١: ٢٧٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٠٣

العدالة، و هو حجة قطعية، و لا يمكن رفع اليد عن هذه الحجة إلّا مع قيام حجة شرعية أو عقلية قطعية التي لا يمكن دفعها، و مع وجود الاحتمال لا يصحّ الأخذ بالدليل العقلي، و في هذا المورد لو احتملنا أن في ترك الولاية للأب و الجدّ - و لو كانا فاسقين - مفسدة غالبية بحيث توجب تلف مال الصغير أحياناً لا- دافع لهذا الاحتمال، و معه لا يجوز رفع اليد عن تلك المطلقات الكثيرة بمثل هذه الامور الظنية، كما أشار إليه الإمام الخميني «١».

و أجاب المحقق الثاني عمّا في الإيضاح أنّه «يندفع هذا المحذور بأنّ الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال حال الطفل إذا كان للأب عليه ولاية، عزّله و منعه من التصرف في ماله و إثبات اليد عليه، و إن ظهر خلافه فولايته ثابتة، و إن لم يعلم حاله استعلم بالاجتهاد و تتبّع سلوكه و شواهد أحواله» (٢).

و قال في تفصيل الشريعة: «حيث إنّ الحكمه بل العلة في ثبوت الولاية للأب و الجدّ رعاية الغبطة و المصلحة للأطفال، بحيث لم يقع منهما تضرر على المولى عليه لعدم قدرته... فلو ظهر للحاكم و لو بقرائن الأحوال ثبوت الضرر منهما على الطفل المولى عليه، يجب على الحاكم في هذه الصورة- و هي صورة الظهور- عزلهما و منعهما من التصرف في أمواله؛ لاستلزامه خلاف علة ثبوت الولاية لهما» (٣).

القول الثالث: التوقف في المسألة

، قال العلامة رحمه الله: و في اعتبار العدالة في الوصي خلاف، الأقرب ذلك، و يشكل الأمر في الأب الفاسق «٤»

(١) كتاب البيع ٢: ٤٤٧.

(٢) جامع المقاصد ١١: ٢٧٦.

(٣) تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٣٠١.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٠٤

و وجه التوقف أن ولاية الأب و الجدّ ثبت قطعاً في الشريعة، و لا دليل على اعتبار العدالة، و فرق واضح بين الأب و الجدّ و الأجنبي، كالوصيّ و الوكيل و غيرهما؛ لأنّ رأفتها على الأولاد أكثر من رأفة العادل الأجنبي؛ إذ في الأب و الجدّ من الشفقة الذاتية و الرأفة الطبيعيّة بالنسبة إلى أولادهم ما لا ينكر و لو كان فاسقاً، و هذه الشفقة الذاتية تمنعها من تضييع مصلحتهم، و من أنّ الفاسق لا يركن إليه للاستئمان «١».

اشتراط العدالة في الولاية على الأموال، عند بعض أهل السنّة

اشتراط الشافعيّة و كذا الحنابلة في الوليّ العدالة و لو في الظاهر.

قال الشرييني من فقهاء الشافعيّة: «وليّ الصبيّ أبوه ... ثمّ جدّه أبو الأب و إن علا كولاية النكاح، و تكفى عدالتهما الظاهرة لوفور شفقتهما، فإن فسقا نزع القاضى المال منهما» «٢».

و قال ابن قدامة بعد بيان ثبوت ولاية الأب و الوصيّ على الأموال:

«من شرط ثبوت الولاية- على المال- العدالة بلا خلاف؛ لأنّ في تفويضها إلى الفاسق تضييعاً لماله، فلم يجز، كتفويضها إلى السفيف» «٣».

و كذا في كشّاف القناع، بل الحنابلة و كذلك الشافعيّة اشترطوا في القاضى الذى ثبت له الولاية أن يكون عدلاً، فقد جاء في كشّاف القناع: ثمّ إن لم يكن أبٌ و لا وصيّ، ثبتت الولاية على الصغير للحاكم بالصفات المعتمدة؛ و منها العدالة «٤»

(١) اقتباس من كلام المحقّق الثانى في جامع المقاصد ١١: ٢٧٦.

(٢) مغنى المحتاج ٢: ١٧٣.

(٣) الكافي في فقه أحمد ٢: ١٠٧.

(٤) كشّاف القناع ٣: ٥٢١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٠٥

و فى نهاية المحتاج فى فقه الشافعيّة: وليّ الصغير و لو انثى أبوه، ثمّ جدّه، ثمّ وصيّهما، ثمّ القاضى العدل الأمين «١».

و أمّا الحنفية و المالكية، فلم يتعرّضوا لاشتراط العدالة فى الولاية على الصبيّ فى أمواله.

المطلب الثانى: اشتراط المصلحة أو عدم المفسدة

إشارة

هل يشترط فى نفوذ تصرّفات الأب و الجدّ توافيقها مع المصلحة، أو يكفى عدم المفسدة، أو لا يعتبر شىء من ذلك؟ وجوه بل أقوال:

الأول: عدم اعتبار شىء من المصلحة أو عدم المفسدة، بل ينفذ و لو مع المفسدة، يدلّ على هذا الوجه إطلاق الأخبار:

١- كصحيحة

□
 محمّد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يحتاج إلى مال ابنه؟ قال: يأكل منه ما شاء من غير سرفٍ. وقال: في كتاب عليّ عليه السلام إنّ الولد لا يأخذ من مال والده شيئاً إلّا بإذنه، والوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء «٢»، فإنّ إطلاق قوله عليه السلام:

«و الوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء»

يشمل نفوذ تصرفه و لو مع المفسدة.

٢- و رواية

□
 سعيد بن يسار، عن أبي عبد الله عليه السلام؛ فإنّ فيها: «نعم، يحجّ منه و ينفق منه، إنّ مال الولد للوالد» «... ٣».

٣- و ما دلّ على أنّ الولد و ماله لأبيه، كما في النبويّ المشهور المتقدّم «٤»

(١) نهاية المحتاج ٤: ٣٧٣-٣٧٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٤، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

(٣) نفس المصدر و الباب، ح ٤.

(٤) نفس المصدر و الباب، ح ٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٠٦

٤- و ما في العيون و العلل، عن محمّد بن سنان، أنّ الرضا عليه السلام، كتب إليه فيما كتب من جواب مسأله «و علّة تحليل مال الولد لوالده بغير إذنه و ليس ذلك للولد؛ لأنّ الولد موهوب للوالد في قوله- عزّ و جلّ-: (يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَّائًا وَ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ) «١» «٢».

٥- و ما دلّ على ثبوت الولاية للأب و الجدّ على الأولاد الصغار في النكاح؛ فإنّ إطلاق الأخبار في باب النكاح تمام، سيّما في موثقة عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام؛ فإنّ في ذيلها:

«و يجوز عليها تزويج الأب و الجدّ» «٣»؛

لكونها مطلقة من حيث ثبوت المصلحة في النكاح و عدم ثبوتها، و وجود المفسدة و عدمها؛ و تتعدى إلى الأموال بالأولوية القطعية؛ لكون النكاح أهمّ، بل تلك الأولوية منصوصة؛ فإنّه عليه السلام بعد ما سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم:

«أنت و مالك لأبيك»

قالوا: بلى، قال عليه السلام:

فكيف يكون هذا و هو و ماله لأبيه و لا يجوز نكاحه؟ «٤»

هذا ما يمكن أن يقال في توجيه القول الأوّل.

و فيه: أنّ النصوص المتقدّمة و إنّ دلّت على إطلاق ولاية الأب حتّى مع المفسدة، إلّا أنّ النصوص الاخرى دلّت على أنّه لا يراد هذا الإطلاق.

□
 بيان آخر: الإطلاق مقيد بالأدلة اللفظية و العقلية، و سنذكرها في الاستدلال للوجه الثاني قريباً إن شاء الله، و الذي يسهّل الخطب أنّه لا قائل بهذا القول كما صرح به الشهيدى في حاشيته على المكاسب «٥»

(٢) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢: ٩٦، علل الشرائع ٥٢٤ الباب ٣٠٢، و عنهما وسائل الشيعة ١٢: ١٩٧ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ٩.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ٢١٨، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح و أولياء العبد، ح ٢.

(٤) نفس المصدر و الباب، ح ٥.

(٥) هداية الطالب: ٣٢٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٠٧.

كون نفوذ تصرفات الأب و الجد منوطاً بعدم المفسدة

الثانى: اعتبار عدم المفسدة فى تصرفات الأب و الجد، اختاره فى الجواهر «١» و كذا شيخه فى شرح القواعد «٢» و الشيخ الأعظم الأنصارى «٣» و المحقق النائينى «٤» و السيد الخوئى «٥» و الإمام الخمينى «٦» قدس الله أسرارهم، و الشيخ الفقيه اللكرانى «٧». و يدل على هذا القول وجوه:

الأول: أنه لا ينقدح من إطلاق أخبار ولاية الأب و الجد فى ذهن أحد أن للولّى أن يتصرف فى مال المولّى عليه بما يوجب فناءه و تلفه، و هذا قرينة عقلية قطعية على أن إطلاق النصوص المتقدمة؛ أى نفوذ تصرف الولّى و شرعيته، حتى فى صورة المفسدة غير مراد، كما أشار إليه الإمام الخمينى «٨».

الثانى: - و هو العمدة- النصوص، و هى كثيرة:

١- صحیحه

أبى حمزة الثمالى، عن أبى جعفر عليه السلام إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال لرجل: «أنت و مالك لأبيك»، ثم قال أبو جعفر عليه السلام: «ما أحبّ (لا نحبّ خ ل) أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه ممّا لا بدّ منه، إن الله لا يحبّ الفساد» «٩» . تقرب الاستدلال بها: أن قوله عليه السلام: «ما أحبّ» و إن كان لا يدلّ على الحرمة

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٣٣٢ و ج ٢٨: ٢٩٧.

(٢) شرح القواعد لكاشف الغطاء المخطوط ص ٧١، كما حكى عنه فى هامش المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٤٠.

(٣) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٤٠.

(٤) المكاسب و البيع للنائينى ٢: ٣٣١.

(٥) مصباح الفقاهة ٥: ٢٠.

(٦) كتاب البيع ٢: ٤٥٦.

(٧) جامع المسائل ٢: ٣٠٣، الأحكام الواضحة: ٣١٧.

(٨) كتاب البيع للإمام الخمينى ٢: ٤٥٤ مع تصرف.

(٩) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٥ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به ح ٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٠٨

و لكن بضميمة استشهاده عليه السلام بقوله- تعالى:- (وَ اللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ) «١» يدلّ على الحرمة؛ إذ لا شبهة أن الفساد ليس على قسمين، قسم منه مكروه و قسم منه حرام، بل هو متمخض فى الحرمة، فهى تدلّ على عدم الولاية مع الفساد، و لا يجوز التصرف فى ما

فيه مفسدة للطفل.

بتعبير آخر: عموم التعليل فى الرواية، أى استشهاده عليه السلام بقوله - تعالى -:

﴿وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ﴾ يشمل المورد، فيستفاد من الرواية أن تصرفات الأب و الجدّ منوطه بعدم المفسدة، و هو المطلوب.

٢- معتبره الحسين بن أبى العلاء - التى رواها المشايخ الثلاثة -

قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ما يحلّ للرجل من مال ولده؟ قال: قوته (قوت خ ل) بغير سرفٍ إذا اضطرّ إليه. قال: فقلت له: فقول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم للرجل الذى أتاه فقدّم أباه فقال له: «أنت و مالك لأبيك»، فقال: إنّما جاء بأبيه إلى النبى صلى الله عليه وآله وسلم فقال:

يا رسول الله هذا أبى و قد ظلمنى ميراثى من ائى، فأخبره الأب أنه قد أنفق عليه و على نفسه، و قال: «أنت و مالك لأبيك»، و لم يكن عند الرجل شىء، أ و كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يحبس الأب للابن» (٢)

؟! قال المحقق النائنى فى بيان تقريب الاستدلال بها: «فإنها أيضاً ظاهرة الدلالة على أن الحكم كان فى حق الأب هو الضمان، لكن لما لم يكن للأب شىء يؤخذ منه للابن، و كان استنقاذ حق الابن منه منوطاً بحبسه، قال عليه السلام: ما كان رسول الله يحبس الأب للابن، و إنما فلو كان صرفه فى نفقته بحقّ منه لما كان حكمه الحبس و لو جاز حبس الأب للابن؛ إذ التعليل بوجود المانع مع عدم المقتضى ركيك» (٣)

(١) سورة البقرة ٢: ٢٠٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٧، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ٨.

(٣) و الحق أنه لا ركاكة فى ذلك و إن أصرّ عليه النائنى قدس سره فى الفقه و الاصول؛ و الوجه فى ذلك: أنه قد يكون الاستناد إلى وجود المانع أقرب و أوفق إلى فهم المخاطب مع عدم وجود المقتضى لذلك. م ج ف.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٠٩

لاستناد عدم الشىء عند عدم المقتضى إليه دون وجود المانع، لكون المعلول مستنداً إلى أسبق علله، كما لا يخفى» (١).

٣- صحيحة

أبى الصباح الكنانى، عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يكون لبعض ولده جارية و ولده صغار هل يصلح أن يطأها؟ فقال: «يقومها قيمة عدل ثم يأخذها و يكون لولده عليه ثمنها» (٢)

. و الظاهر من هذه الرواية أن الوالد له التصرف الاعترارى بالبيع و الشراء و غيرهما فى مال ابنه الصغير، لكن لا بما يوجب الفساد؛ لأنّ القيمة العادلة هى التى لا فساد فيها (٣)، و لو كانت تصرفات الولى نافذة فى حقّ الطفل مطلقاً لم يكن وجهٌ للتقويم بقيمة عادلة، بل كانت القيمة النازلة أيضاً وافية.

و مثلها صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج (٤)، و رواية داود بن سرحان (٥).

٤- موثقة

عبيد بن زرارة قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل، و يريد جدّها أن يزوجه من رجلٍ آخر، فقال: «الجدّ أولى بذلك ما لم يكن مضاراً» (٦ ... ٦)

؛ فإنها تدلّ مفهوماً على عدم الولاية للجدّ مع الضرر، فيكون مقيداً للإطلاقات، كما أشار إليه المحقق الاصفهاني (٧).

و استشكل عليه السيد الخوئى، ب «أنّ المفهوم و إن كان موجوداً، و لكنّه عدم الولاية مع الضرر - أى لا يدلّ على عدم الولاية للجدّ مع الضرر - بل المراد به نفى

- (١) المكاسب و البيع ٢: ٣٣١.
- (٢) وسائل الشيعة ١٤: ٥٤٣ الباب ٤٠ من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ١.
- (٣) بل فيها المصلحة. م ج ف.
- (٤) وسائل الشيعة ١٤: ٥٤٣ الباب ٤٠ من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٣.
- (٥) نفس المصدر و الباب، ح ٤.
- (٦) نفس المصدر ١٤: ٢١٨ الباب ١١ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ح ٢.
- (٧) حاشية المكاسب للمحقق الاصفهاني ٢: ٣٧٣.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢١٠
- أولوية الجدّ و تقديمه على الأب عند الضرر، و هذا غير مربوط بالرواية، فلا يكون ذلك مقيداً للإطلاقات في باب النكاح «١».
- نقول: لعل اعتبار عدم الضرر لأصل الولاية لا لأولوية نكاح الجدّ، و يبعد أن يكون للجدّ ولاية مع الضرر، و لكن عقد الأب يقدم عليه.
- فتحصّل ممّا ذكرنا أنّه يكفي في تصرفات الأب و الجدّ عدم المفسدة.
- إلّا أنّه قال في الجواهر: «إنّ الأحوط فيهما- أى في ولاية الأبوين- و في غيرهما مراعاة المصلحة، كما اعترف به الاستاذ في شرحه، حيث إنّ بعد أن ذكر الاكتفاء بعدم المفسدة قال: و الاقتصار على ما ذكره الفقهاء و تنزيل الروايات أوفق في النظر و أسلم من الخطر» «٢».
- و هو حسن لما يستفاد من الأدلة التي سنذكرها للقول الثالث قريباً.

تصرفات الوليّ مشروط بالمصلحة

القول الثالث: أنّه يعتبر في تصرفات الوليّ ملاحظة المصلحة زائداً عن اعتبار عدم المفسدة.

و قبل بيان ذلك لا بدّ و أن يعلم أنّه يجوز تصرّف الوليّ لأنفسهم في مال الطفل و إن لم يكن فيه المصلحة، و من هنا يجوز قرض الوليّ من مال الطفل و تقويم جاريته على نفسه مع عدم وجود المصلحة في ذلك للطفل بوجه، و هذا بالنسبة إلى نفس الأولياء ممّا لا شبهة في جوازه، و أمّا اعتبار المصلحة في غير ما يرجع إلى شؤونهم، فهو محلّ النزاع «٣»، فقد صرح الشيخ في المبسوط بلزومها، حيث قال: «من يلي أمر

- (١) مصباح الفقاهة ٥: ٢١.
- (٢) جواهر الكلام ٢٢: ٣٣٢-٣٣٣.
- (٣) مصباح الفقاهة ٥: ١٨-١٩ مع تصرّف يسير.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢١١
- الصغير و المجنون خمسة: الأب و الجدّ، و وصي الأب أو الجدّ، و الإمام أو من يأمره الإمام... فكلّ هؤلاء الخمسة لا يصحّ تصرّفهم إلّا على وجه الاحتياط و الحظّ للصغير المولّى عليه؛ لأنّهم إنّما نصبوا لذلك، فإذا تصرّف على وجه لا حظّ له فيه كان باطلاً؛ لأنّه خالف ما نصب له» «١».

وقال ابن إدريس: «و لا يجوز للولّي و الوصّي أن يتصرّف في المال المذكور- أي مال الطفل- إلّا بما يكون فيه صلاح المال، و يعود نفعه إلى الطفل دون المتصرّف فيه، و هذا هو الذي يقتضيه أصل المذهب» (٢).
 و في القواعد: و إنّما يصحّ بيع من له الولاية مع المصلحة للمولّي عليه (٣)، و صرح بذلك أيضاً المحقّق (٤) و الشهيدان (٥) و المحقّق الثاني (٦) و غيرهم (٧).
 و في مفتاح الكرامة بعد نقل كلمات الأصحاب: «و المحصّل من مجموع كلامهم و ما يقتضيه أصول المذهب أنه يجوز لولّي الطفل مطلقاً الرهن و الارتهان مع كمال الاحتياط بمراعاة المصلحة» (٨).

أدلة اعتبار المصلحة في تصرفات الأب و الجدّ

قد استدلل على اعتبار المصلحة في تصرفات الأب و الجدّ بوجوده خمسة:

(١) المبسوط ٢: ٢٠٠.

(٢) السرائر ١: ٤٤١.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ١٣٥، إرشاد الأذهان ١: ٣٦٠.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٧٨، ٧٩ و ١٧١.

(٥) اللعة الدمشقية ١: ٨٠، الدروس الشرعية ٣: ٣١٨ و ٤٠٣، مسالك الأفهام ٣: ١٦٦، و ج ٤: ٣٣-٣٥، و ج ٥: ١٣٦.

(٦) جامع المقاصد ٥: ٧٢.

(٧) مجمع الفائدة و البرهان ٤: ١٤، و ج ٦: ٧٧، كفاية الأحكام ٨٩، ١٠٨، ٢٢٠، رياض المسائل ٥: ٣٥٨.

(٨) مفتاح الكرامة ٥: ١١١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢١٢

الأول: أنّ حكمه جعل الولاية للأب و الجدّ تقتضى ذلك؛ لأنّ جعل الولاية لأجل أن يتصرّف في أموالهم بما فيه المصلحة من التجارة و الاستئمان و الحفظ و الإجارة و غيرها و إلّا فمجرد التصرفات اللغوية بلا وجود ثمرة فيه لا يجوز قطعاً.
 و بالجملة: أنّ حكمه جعل الولاية للأب و الجدّ بحسب الطبع هي جلب المنافع للطفل و دفع المضار عنه، و إلّا فلا يجوز التصرف في ماله و لو لم يكن فيه مفسدة، كما أشار إليه السيّد الخوئي رحمه الله، و لكن استشكل هو قدس سره عليه بأنّ «هذا و إن كان بحسب نفسه تماماً، و لكن لا يتمّ في جميع الموارد؛ لإمكان أن يكون الصلاح في ذلك الجعل راجعاً إلى الولي.
 و بعبارة أخرى: تارة يلاحظ في جعل الولاية للأب و الجدّ صلاح المولّي عليه فيجرب في ذلك الحكمة، و اخرى يلاحظ حال الولي، فلا شبهة أنّا نحتمل الثاني أيضاً، فإذن لا دافع للإطلاقات الدالة على جعل الولاية لهما عليه حتى في صورة عدم المصلحة في تصرفهم» (١).

نقول: هذا الاحتمال ضعيف (٢)؛ لأنه يبعد من حكمه البارئ تعالى أن يجعل الولاية على أموال الطفل لأجل المصلحة الراجعة إلى غيره، لا للطفل.

الثاني: دعوى الإجماع.

في مفتاح الكرامة- عند قول العلامة: و إنّما يصحّ بيع من له الولاية مع المصلحة للمولّي عليه:- «هذا الحكم إجماعى على الظاهر. و قد نسب المصنّف إلى الأصحاب فيما حكى عنه» (٣)

(١) مصباح الفقاهة ٥: ٢٢ مع تصريف.

(٢) لا-ضعف في هذا الاحتمال، سيما مع ما ورد من أن الولد و ماله لأبيه، فاحتمل أن يكون لحاظ حال الولي لا ينافي لحاظ حال المولى عليه أيضاً، و بالجملة: ثبوت الولاية ليس مختصاً لحال المولى عليه فقط. م ج ف.

(٣) مفتاح الكرامة ٤: ٢١٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢١٣

و في التذكرة: «الضابط في تصرف المتولّي لأموال اليتامى و المجانين اعتبار الغبطة، و كون التصرف على وجه النظر و المصلحة» (١). و استظهر السيد العاملي قدس سره منه بأنه لا خلاف فيه بين المسلمين، حيث قال:

و ظاهره أنه ممّا لا خلاف فيه بين المسلمين، و أنه لا فرق في ذلك بين الأب و الجدّ، و الوصيّ و الحاكم و أمينه (٢).

و لقد أجاد السيد الخوئي رحمه الله في الردّ على هذا الإجماع ب «أنّ المحضّل منه غير حاصل، و المنقول منه ليس بحجّة؛ لمخالفة جملة من الأعاظم في ذلك، بل نحتمل استناده إلى الوجوه المذكورة هنا؛ لعدم الجعل في صورة عدم المصلحة، فلا يكون هنا إجماع تعبدى كاشف عن رأى الحجّة» (٣).

الثالث: قوله- تعالى:- (وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) (٤) التي هي العمدة في المقام.

و تقريب الاستدلال بها: أنّ «الأحسن» إمّا اريد منه التفضيل، أو المجرد عنه، و على الأول لا ريب في الدلالة، بل قضيتها لزوم مراعاة الأصلح، و على الثاني، فالظاهر أنّ المراد من الحسن ما فيه المصلحة لا ما لا مفسدة فيه (٥).

بتعبير آخر: أنّ المراد بالأحسن: إمّا الأحسن من جميع الوجوه أو من تركه، و مع عدم المصلحة لا يكون أحسن بشيء من المعنيين (٦).

(١) تذكرة الفقهاء، كتاب الحجر ٢: ٨٠، الطبعة الحجرية.

(٢) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٠.

(٣) مصباح الفقاهة ٥: ٢٢.

(٤) سورة الإسراء ١٧: ٣٤، سورة الأنعام ٦: ١٥٢.

(٥) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، مع تصريف سير: ٣٢٥.

(٦) عوائد الأيام: ٥٦٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢١٤

و الحاصل: أنّ التصرف الخالي عن المصلحة في مال اليتيم ليس تصرفاً حسناً فيحرم؛ للنهي عن التقرب إليه، حيث إنّ التقرب إلى ماله بلا مصلحة فيه ليس بأحسن، فلا يجوز. و حينئذ لو كان إطلاق اليتيم على من ماتت أمّه صحيحاً- كما أنّه ليس ببيعد- فتشمل الآية لكلّ من الأب و الجدّ، و إلّا فتختصّ بالجدّ و يتمّ في الأب بعدم القول بالفصل، إذن نرفع اليد عن الإطلاقات الدالّة على ثبوت الولاية للأب و الجدّ مطلقاً حتّى مع عدم المصلحة.

و في مجمع البيان: «و المراد بالقرب التصرف فيه، و إنّما خصّ مال اليتيم بالذكر لأنه لا يستطيع الدفاع عن نفسه و لا عن ماله، فيكون الطمع في ماله أشدّ، و يد الرغبة إليه أمدّ، فأكد سبحانه النهي عن التصرف في ماله و إن كان ذلك واجباً في مال كلّ واحد (إلّا بالتي هي أحسن) أي بالخصلة أو الطريقة الحسنى» (١).

و قال الشيخ في التبيان: «الآية نهى من الله- تعالى- لجميع المكلفين أن يقربوا مال اليتيم إلّا بالتي هي أحسن، و هو أن يحفظوا عليه و يثمروه، أو ينفقوا عليه بالمعروف على ما لا يشكّ أنّه أصلح له. فأما لغير ذلك، فلا يجوز لأحد التصرف فيه» (٢).

وقال المحقق الأردبيلي في معنى الآية: «أى لا تقربوا من مال اليتيم؛ بأن تتصرفوا و تفعلوا فيه فعلاً، فلا تدنوا إليه بفعلة أصلاً إلا بالفعلة التى هى أحسن ما يفعل بماله بحسب ما يقتضيه عقل العقلاء، كحفظه و تعمير ما هو خراب منه، و تنميته و تثميره، أو أحسن من تركه. و بالجملة: هو الذى يجده العقل السليم حسناً و أولى من تركه، و هو مقتضى أكثر عقول العقلاء» (٣)

(١) مجمع البيان ٤: ١٨٣.

(٢) تفسير التبيان ٦: ٤٧٦.

(٣) زبدة البيان ٢: ٥٠١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢١٥

مناقشة الشيخ الأعظم على الاستدلال بالآية و الجواب عنه

و استشكل الشيخ الأعظم على الاستدلال بالآية الكريمة بوجوه:

الأول: أنه لا دلالة للآية الكريمة على اشتراط المصلحة، و أشار إليه بقوله:

«فلو سلم دلالتها» (١).

وقال المحقق الإيروانى فى توضيح هذا الإيراد: «لعل منشأ عدم الدلالة هو انصرافها إلى تصرف الأجنب دون الجد، و يمكن التشكيك فى صدق اليتيم مع حياة الجد، مع أن «أحسن» أريد منه معنى الحسن دون التفضيل، و التصرف غير المشتمل على المفسدة حسن» (٢).

و فيه نظر؛ لمنع هذا الانصراف؛ لأن الظاهر من «أحسن» هو التفضيل؛ لأنه صيغته أفعل التفضيل، و لا موجب لرفع اليد عن هذا الظهور، و أنه خروج عن ظاهر اللفظ هيئته و مادته من دون قيام قرينة عليه» (٣).

الثانى: أن الآية بحكم السياق عامة لجميع الأفراد؛ سواء كان «٤» أباً أو جدّاً أو غيرهما؛ لأن الآية تنهى عن التقرب لمال اليتيم، و هذا النهى لكل أحد، و تخصّص الروايات الدالة على جعل الولاية للجد و لو مع عدم المصلحة، أشار إلى ذلك بقوله: «فهى مخصّصة بما دلّ على ولاية الجد و سلطنته».

فمفاد الآية يكون هكذا: أن التقرب إلى مال اليتيم بغير التى هى «أحسن»

(١) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٤١.

(٢) حاشية الإيروانى على مكاسب الشيخ: ١٥٤.

(٣) يمكن أن يقال: إن القرينة على ذلك عدم وجود ضابطة خاصة للتفضيل، فكل شىء يُعد أحسن يتصور شىء أحسن منه، إلا أن يقال بأن ذلك عرفى موكول إلى تشخيص العرف. م ج ف

(٤) التشكيك فى صدق اليتيم مع حياة الجد موجب لعدم كون الخطاب عاماً لجميع الأفراد و لا أقلّ الشك فى عمومته الخطاب. م ج ف

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢١٦

حرام لكل أحد إلا للجد، و ليس بينهما عموم من وجه حتى يعمل بقواعده، لانحصار الموضوع فى روايات الولاية بالجد فقط. و أما فى الآية، فموضوعها عام يشمل كل أحد و تخصّص بالروايات؛ لأن ما دلّ على ولاية الجد فى النكاح معللاً بأن البنت و أباه للجد

«١». و قوله صلى الله عليه و آله و سلم:

«أنت و مالك لأبيك» «٢»

، خصوصاً استشهاد الإمام عليه السلام به فى مضى نكاح الجدّ بدون إذن الأب؛ رداً على من أنكر ذلك و حكم ببطلان ذلك من العامة فى مجلس بعض الأمراء «٣»، و غير ذلك، يدلّ على ذلك.

و الحاصل: أنّ الاستفادة من هذه النصوص ولاية الجدّ على نكاح المولى عليه و لو مع عدم المصلحة و المفسدة، و ثبت ذلك فى الأموال بالأولوية «٤».

نقول: إنّ نسبة الآية الكريمة و أخبار ولاية الجدّ إن لوحظ مع المستثنى منه فقط عامّ و خاصّ مطلق، كما ادّعه الشيخ الأعظم قدس سره.

و أما إن لوحظ مجموع الآية من المستثنى و المستثنى منه، فمفادها ظاهراً أنّ التقرب بمال اليتيم لا يجوز إلّا أن يكون ذلك التصرف على الوجه الأحسن.

و لا يخفى أنّ التصرف الأحسن هو الذى كان على الطريقة الشرعية أو العقلية و ذا مصلحة لليتيم، و لا ريب أنّ تصرف الأجانب لا يكون كذلك غالباً بمقتضى الضرورة و الإجماع و الأخبار الدالة على عدم جواز التصرف فى مال الغير إلّا بإذنه «٥»، فعلى هذا تكون تصرفات الأجانب خارجة عن مفاد الآية قطعاً.

(١) و سائل الشيعة ١٤: ٢١٩ الباب ١١ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ح ٨.

(٢) نفس المصدر ١٢: ١٩٥-١٩٧ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ١، ٢، ٨ و ٩.

(٣) و سائل الشيعة ١٤: ٢١٨ الباب ١١ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد ح ٥.

(٤) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٤١ مع تصرف و توضيح.

(٥) و سائل الشيعة ٣: ٤٢٥ ح ٣ و ٦: ٣٣٧ ح ٦ و ج ١٩: ٣ ح ٣ فإنّه ورد فيها «لا يحلّ لمؤمنٍ مال أخيه إلّا عن طيب نفسٍ منه» و «لا يحلّ لأحدٍ أن يتصرف فى مال غيره بغير إذنه».

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢١٧

و كذلك تصرفات الأولياء «١» إذا لم تكن لمصلحة الطفل؛ لأنّه لا تكون مثل هذه التصرفات تصرفاً بالأحسن، فالآية الكريمة لا تشمل عموم المكلفين، بل هى خطاب للأولياء، و النسبة بين الآية و الأخبار هى الإطلاق و التقييد، و الآية مقيدة للأخبار.

على هذا لا بدّ أن يكون تصرفات الجدّ فى مال الطفل على الوجه الأحسن و لمصلحة الطفل.

مضافاً إلى أنّه لا إطلاق للأخبار؛ لعدم كونها فى مقام البيان من حيث كفيّة أعمال هذه الولاية؛ لأنّ ولاية الأمر بمعنى ولاية البيع و الشراء و العتق و الشهادة و الأخذ و الإعطاء و غير ذلك، و لم يؤخذ فى الأخبار كفيّة أعمال هذه الامور، بل كانت فى مقام إثبات أصل الولاية، و لا مساس لها بكفيّة أعمالها، فلو قام دليل على اعتبار المصلحة لا يكون تقييداً للأخبار، كما أشار إلى ذلك الشيخ الفقيه الحائرى «٢».

و بعبارة أخرى: يمكن منع تحقّق الإطلاقات حتّى فى باب النكاح؛ إذ الولاية للأب و الجدّ على الأولاد لأجل حفظهم عن وقوعهم بالمضرات بمالهما من الرأفة الطبيعية لأولادهم؛ بأن يعاملوا معاملة أنفسهم فى حفظه و عدم التصرفات المتلفة فيه، فأصل جعل الولاية لهذا الموضوع مشعر بهذه الحكمة و العلة، فلو أوجب الولاية توجه الضرر إليهم، أو «٣» عدم المصلحة، فمن الأوّل يمكن القول بعدم

جعل

(١) و لا- يخفى أن لزوم كون التصرف بالتى هى أحسن، لا- يوجب تضييق الخطاب؛ فإنّ الخطاب بعدم جواز التقرب عام يشمل الجميع. نعم، بما أن الموضوع هو اليتيم فالخطاب لا يشمل من لا يكون يتيمًا، كمن كان له أب أو جد. م ج ف.

(٢) كتاب البيع للشيخ الفقيه الأراكى ٢: ١١.

(٣) هذا بالنسبة إلى توجه الضرر صحيح. أما بالنسبة إلى عدم المصلحة، فقد مرّ احتمال لحاظ الولي دون المولى عليه فقط، فلا استفاد من أصل جعل الولاية اشتراط المصلحة. م ج ف.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢١٨

الولاية، و خروجه عن مورد الروايات تخصّصاً، بل هذا هو المتعين؛ إذ لا يمكن القول بولاية الأب و الجدّ على الأولاد كيف شاء، إذن فليس هنا إطلاق أصلاً من الأوّل فضلاً عن احتياجه إلى المقيد «١».

الثالث: و أشار إليه بقوله: «مع أنّه لو سلّمنا عدم التخصيص و جب الاقتصار عليه فى حكم الجدّ دون الأب» «٢». و فيه ما قلنا فى الجواب عن الإيراد الثانى فلا نعيد.

و أمّا دعوى الشيخ الأعظم بأنّ عدم القول بالفصل ممنوعه «٣».

ففيها أوّلًا: أن اليتيم يطلق على من فقد الأمّ أيضاً، كما ادّعاه بعضهم «٤».

و ثانياً: كما قال فى مجمع البيان: «و إنّما خصّ مال اليتيم بالذكر؛ لأنّه لا يستطيع الدفاع عن نفسه و لا عن ماله، فيكون الطمع فى ماله أشدّ و يد الرغبة إليه أمدّ» «٥» و إلّا كان رعايه مفاد الآية لازماً فى مال كلّ صغير.

و ثالثاً: يمكن إدخال غير الرشيد فيه إلى أن يرشده؛ لاحتمال أن يكون معنى (حتى يبلغ أشده) * يبلغ رشده، أى يبلغ و يرشده، كما صرح به المحقّق الأردبيلي «٦».

فإذن لا نحتاج إلى القول بالفصل، و الآية تشمل الأب و الجدّ.

و المتحصّل من جميع ما ذكرنا: أن نفوذ تصرفات الأب و الجدّ منوطه برعايه المصلحة للطفل، و هذا ما يقتضيه بناء العقلاء، فاعتبار المصلحة فى تصرف الأب

(١) استفاد هذا من مصباح الفقاهة للسيد الخوئي رحمه الله ٥: ١٨- ٢١.

(٢) كتاب المكاسب ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٤١.

(٣) نفس المصدر ١٦: ٥٤٢.

(٤) أحكام القرآن لابن العربي ١: ٢١٥.

(٥) مجمع البيان ٤: ١٨٣.

(٦) زبدة البيان ٢: ٥٠١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢١٩

و الجدّ أمر عقلائي، و الأدلّة الشرعيّة دليل لإمضائه، كما أشار إليه أيضاً المحقّق الأردبيلي رحمه الله «١».

الوجه الرابع: ما قاله المحقّق الشهيدى: «من أن الأصل عدم تسلّط أحدٍ على مال أحدٍ إلّا مع اليقين بخلافه، و هو صورة وجود المصلحة؛ إذ ليس فى المقام إطلاق يدلّ على عدم اعتبارها» «٢».

الوجه الخامس: ما أشار هو قدس سره إليه أيضاً بقوله: «إنّ الظاهر من أدلّة ولاية عدول المؤمنين كما يأتى اعتبار المصلحة فى ولايتهم، و مناط الاعتبار هنا- و هو قصور الصغير عن التميّز بين صلاحه و فساد- موجود «٣» فى المقام، مع عدم دليل يدلّ على عدم

اعتبارها فى المقام» «٤».

اشتراط إحراز المصلحة أو عدم المفسدة

بعد الفراغ عن اعتبار المصلحة، أو كفاية عدم المفسدة في نفوذ تصرفات الأب و الجد، يلزم أن نبيّن ما هو المدار في المصلحة و عدم المفسدة، فهل يكون هذا الشرط في عالم الإحراز، فلو أحرز عدم المفسدة في مورد فباع مال الطفل فأنكشف وجود المفسدة فلا يبطل البيع و ينفذ التصرف.

أو أنّهما شرط في الواقع، فلو كان في مورد مفسدة واقعية فلم يحرز فأقدم على البيع فيكون باطلاً، أو أنّهما معاً من الشرائط؟
الظاهر هو الوجه الأخير، لأنّ من المقيدات للإطلاقات صحيحة الثمالي

(١) نفس المصدر.

(٢) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب: ٣٢٥.

(٣) قد مرّ إمكان الفرق بين الأب و الجد من طرف، و بين سائر الأولياء من طرف آخر. م ج ف.

(٤) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب: ٣٢٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٢٠

المتقدمة «١»؛ فإنّها اعتبرت عدم الفساد في تصرفات الأب و الجد في مال الطفل، و هو كالمعصية «٢» قائم بأمرين: أحدهما: الوجود الواقعي، و ثانيهما: إحرازه، أي تنجزه.

كما أنّ سفر المعصية يتحقّق بأمرين: أحدهما: أن يسافر لأجل الغرض المعلوم كونه معصية، و الثاني: علم المسافر بذلك و تنجز التكليف في حقّه، فلو سافرت المرأة بدون رضايه الزوج، فبان أنّها مطلقه فلا يكون سفرها معصية، أو سافرت بزعم أنّها مطلقه فبان خلافها، فليس سفرها سفر معصية أيضاً، و إنّما يكون سفر معصية مع اجتماع الأمرين، و كذلك فيما نحن فيه أنّ التصرف لا بدّ أن يكون عن مصلحة، أو عدم المفسدة فيه، و لا يتحقّق هذا إلّا بأمرين:

الأول: وجود المصلحة الواقعية، أو عدم المفسدة كذلك.

الثاني: العلم بذلك و تنجزه في حقّه.

على هذا يكون المقيد للإطلاقات المثبتة للولاية للأب و الجد خصوص كون تصرفهم مفسداً لحال اليتيم مع العلم به، و ما لم يتنجز فلا مانع من التمسك بالإطلاقات و الحكم بثبوت الولاية لهما، و لكنّ السيد الخوئي قال في منهاجه:

«و المدار في كون التصرف مشتملاً على المصلحة أو عدم المفسدة على كونه كذلك في نظر العقلاء، لا بالنظر إلى علم الغيب، فلو تصرف الولي باعتقاد المصلحة فتبيّن أنّه ليس كذلك في نظر العقلاء بطل التصرف، و لو تبين أنّه ليس كذلك بالنظر إلى علم الغيب صحّ إذا كانت فيه مصلحة بنظر العقلاء» «٣»

(١) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٥ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.

(٢) قياس المقام بالمعصية مع الفارق جدّاً، و الظاهر في الشرائط كلّها كونها شرطاً واقعياً فقط، و الزائد يحتاج إلى دليل خاصّ، و المستفاد من ظواهر الأدلّة أيضاً ذلك، و بعبارة أخرى: كون الشرط علمياً يشبه جدّاً بعدم الشرطيّة. م ج ف.

(٣) منهاج الصالحين ٢: ٢١ مسألة ٨٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٢١

آراء جمهور أهل السنة في مسائل هذا البحث

اعتبر جمهور الفقهاء من الشافعية و الحنابلة و المالكية أن يكون تصرف الأب و الجد في أموال الصبي موافقاً للمصلحة. قال ابن قدامة: «و ليس لوليّه التصرف في ماله بما لا حظّ له فيه، كالتق و الهبة و التبرعات و المحاباة؛ لقول الله - تعالى -: (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) «١» * . و قوله عليه السلام: لا ضرر و لا ضرار

«٢» من المسند، و في هذه إضرار، فلا يملكه» «٣».

و في معنى المحتاج: «و يتصرف له الولي بالمصلحة و جوباً؛ لقوله - تعالى -: (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) ... و قوله - تعالى -: (وَإِنْ تَخَاطَبُوهُمْ فَاخْرُؤْهُمْ إِنَّكُمْ وَاللَّهُ يَعلَمُ الْمُنْهَكَةَ مِنَ الْمُصْلِحِ) «٤». و قضيه كلامه كأصله أن التصرف الذي لا خير فيه و لا شر ممنوع منه؛ إذ لا مصلحة فيه، و هو كذلك كما صرح به الشيخ أبو محمد و الماوردي «٥». و قال الرافعي: «رهن الولي مال الصبي و المجنون و المحجور عليه بالسفه، و ارتهانه لهم مشروط بالمصلحة و الاحتياط، فمن صور الرهن على وجه المصلحة أن يشتري للطفل ما يساوي مائتين بمائه نسيئة، و يرهن به ما يساوي مائة من ماله فيجوز... و منها: إذا كان الزمان زمان نهب، أو وقع حريق، و خاف الولي على ماله، فله

(١) سورة الإسراء ١٧: ٣٤، و سورة الأنعام ٦: ١٥٢.

(٢) يأتي تخريجه قريباً.

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد ٢: ١٠٧.

(٤) سورة البقرة ٢: ٢٢٠.

(٥) معنى المحتاج للخطيب الشيريني ٢: ١٧٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٢٢

أن يشتري عقاراً و يرهن بالثمن شيئاً من ماله...

و منها: أن يستقرض الولي له لحاجته إلى النفقة أو الكسوة أو توفيه ما يلزمه، أو لإصلاح ضياعه «١».

و في المغني: «قال القاضي ليس لوليّه رهن ماله إلا بشرطين: أحدهما:

أن يكون عند ثقة، الثاني: أن يكون له فيه حظّ» «٢». و كذا في كشاف القناع «٣».

و قال ابن شاس: «و لا يتصرف الولي إلا على ما يقتضيه حسن النظر» «٤».

و يظهر من كلمات بعض الحنفية أنهم اكتفوا بلزوم عدم المفسدة في تصرفات الولي.

ففي البدائع: «و أما الذي يرجع إلى المولى فيه، فهو أن لا يكون من التصرفات الضارة بالمولى عليه؛ لقوله عليه الصلاة و السلام:

لا ضرر و لا ضرار في الإسلام «٥»

. و قال عليه الصلاة و السلام:

من لم يرحم صغيرنا - و يعرف حقّ كبيرنا فليس منا «٦»

. و الإضرار بالصغير ليس من الرحمة في شيء، فليس له أن يهب مال الصغير من غيره بغير عوض؛ لأنه إزالة ملكه من غير عوض،

فكان ضرراً محضاً «٧»

- (١) العزيز شرح الوجيز ٤: ٤٦٩.
- (٢) المغنى ٤: ٣٩٧.
- (٣) كشاف القناع ٣: ٥٢١.
- (٤) عقد الجواهر الثمينه ٢: ٦٣٠.
- (٥) مسند أحمد بن حنبل ١: ٦٧٢ ح ٢٨٦٧، سنن ابن ماجه ٣: ١١٧ ح ٢٣٤٠ و ٢٣٤١، السنن الكبرى للبيهقى ٨: ٤٣٦ ح ١١٥٧١ و ج ٩: ١٢٣ ح ١٢٠٩٨ و ١٢٠٩٩، المعجم الأوسط ٦: ٩١ ح ٥١٨٩، مجمع الزوائد ٤: ١١٠.
- (٦) سنن أبي داود ٥: ١٤٧ الرقم ٤٩٤٣، سنن الترمذى ٤: ٣٢١ ح ١٩٢٤.
- (٧) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٠.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٢٣

المبحث الرابع: ولاية الوصى على أموال الصغار

إشارة

و فيه مطلبان:

المطلب الأول: ولاية الوصى و أدلتها

إشارة

المشهور بين الفقهاء من المتقدمين و المتأخرين، بل الإجماع بينهم ثبوت الولاية على الصغار فى أموالهم لوصى الأب و الجدّ مع فقدهما.

قال الشيخ رحمه الله: «من يلى أمر الصغير و المجنون خمسهُ ... و وصى الأب أو الجدّ» (١).

و فى الوسيلة: «لا يجوز التصرف فى مال اليتيم إلّا لأحد ثلاثة: أولها: الولي و هو الجدّ، ثمّ الوصى و هو الذى ينصبه أبوه» (٢).

و به قال المحقق (٣) و العلامة (٤) و الشهيد (٥) و يحيى بن سعيد (٦) و المحقق (٧) و الشهيد الثانى (٨) و المحقق الأردبيلى (٩)، و جماعة من متأخرى المتأخرين (١٠)

(١) المبسوط للطوسى ٢: ٢٠٠.

(٢) الوسيلة لابن حمزة: ٢٧٩.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٩، المختصر النافع: ١٤٦.

(٤) تحرير الأحكام الشرعية ٢: ٥٤١. تبصرة المتعلّمين: ٩٦، إرشاد الأذهان ١: ٣٦٠، قواعد الأحكام ٢: ١٣٥.

(٥) اللعة الدمشقية: ٦٢.

(٦) الجامع للشرائع: ٢٤٦.

(٧) جامع المقاصد ٥: ١٨٧ و ٤: ٨٦.

(٨) الروضة البهية ٤: ١٠٦، مسالك الأفهام ٣: ١٦٥.

(٩) مجمع الفائدة و البرهان ٩: ٢٣٤.

(١٠) رياض المسائل ٥: ٣٩١، مفتاح الكرامة ٤: ١٨٤ و ٢١٣ و ج ٥: ٢٥٥-٢٥٦، المناهل: ١٠٥، شرح تبصرة المتعلمين ٥: ٤١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٢٤

و فقهاء العصر «١».

جاء فى الحدائق: «و الوصى من أحدهما على من لهما الولاية عليه» «٢».

أدلة ولاية الوصى على أموال الصغار

استدلوا على إثبات ولاية الوصى على أموال الصغار بوجوده:

الأول: الإجماع، كما ادّعى فى الرياض «٣» و مهذب الأحكام «٤».

و فيه: أنه مدركى. و لعل مستندهم الوجوه الآتية:

الثانى: السيرة المستمرة بين المتشرعة ٥.

الثالث: قاعدة أن كل ما جاز فعله حال الحياة، جازت الوصية به بعد الممات إلا ما خرج بالدليل، و لا دليل على الخروج فى المقام ٦.

و فى تمامية هذه القاعدة إشكال سيأتى قريباً.

الرابع: شمول دليل الولاية له، بدعوى أنه غير مختص بتصرفاته فى حياته، و عمومه لما يكون متأخراً عن وفاته أيضاً «٧».

الخامس: إطلاقات أدلة نفوذ الوصية و دعوى شمولها لوصيتيها بالتجار بمال الصبي بعد موتها؛ فإن مقتضاها صحة مثل هذه الوصية

و نفوذها «٨»

(١) العروة الوثقى و التعليقات عليها ٥: ٢٦٤ و ٢٦٣، مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٤٤٦، مباني العروة الوثقى، كتاب المضاربة ٣: ٢١٢،

مهذب الأحكام ٢١: ١٢٦، وسيلة النجاة ٢: ١٠٠، تحرير الوسيلة ٢: ١٤، تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٢٩٩.

(٢) الحدائق الناضرة ١٨: ٤٠٣.

(٣) رياض المسائل ٥: ٦٣.

(٤) (٤-٦) مهذب الأحكام ٢١: ١٢٦.

(٧) (٧ و ٨) مباني العروة للسيد الخوئي، كتاب المضاربة ٣: ٢١٢.

(٨) نفس المصدر.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٢٥

و استشكل السيد الخوئي رحمه الله على الدليل الرابع، بأنه لا-إطلاق و لا عموم يشمل تصرف الأب و الجد بعد موتها، بل لهما

التصرف فى مال الصغير ما داما حيين، و أما بعد موتها فلا ولاية لهما عليه فى شىء «١»، و ما ذكره جيد.

و أورد أيضاً على الدليل الخامس بأنه «لا-يوجد فى أدلته الوصية إطلاق يشمل الوصية التى لا ترجع إلى الميت و أمواله؛ فإنها و

بأجمعها واردة فى الوصايا الراجعة إلى الميت نفسه و أمواله، و من هنا لا تنفذ إلا فى الثلث مما يملك. و أما الزائد عنه فهو وصية فى

مال الغير على ما دلّت عليه النصوص» ٢.

هذا كله ما تقتضيه القواعد و مع قطع النظر عن النصوص الخاصة.

السادس: - و هو العمدة- النصوص:

منها: ما روى فى الكافى و التهذيب، عن أحمد بن محمد، عن على بن الحسن، عن الحسن بن يونس (يوسف خ ل)، عن مثنى بن الوليد، عن محمد بن مسلم، عن أبى عبد الله عليه السلام أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم و أذن له عند الوصية أن يعمل بالمال، و أن يكون الربح بينه و بينهم؟ فقال:

«لا بأس به من أجل أن أباه (٣) قد أذن فى ذلك و هو حى» (٤).

ثم إن فى الفقيه: على بن الحسين الميثمى (٥) بدلاً من على بن الحسن على ما فى الكافى (٦) و التهذيب (٧) و الوسائل، و هو ابن فضال الذى يروى عنه أحمد بن محمد،

(١) (١-٣) نفس المصدر: ٢١٢-٢١٣.

(٣) كذا فى الكافى و التهذيب و الفقيه و الوسائل، و لكن فى الوسائل ١٩: ٤٢٧ طبع مؤسسة آل البيت عليهم السلام «أن أباهم» و لعله هو الصواب.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٥) الفقيه ٤: ١٩٦، ح ٥٩٠ تحقيق السيد الخراسان، و لكن فى الفقيه ٤: ٢٢٧ تحقيق على أكبر الغفارى: على بن الحسن الميثمى، و كذا فى روضة المتقين ١١: ١٣٠.

(٦) الكافى ٧: ٦٢ ح ١٩.

(٧) تهذيب الأحكام ٩: ٢٣٦، ح ٩٢١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٢٦

و هو من سهو نسخة الخراسان جزماً؛ إذ لا وجود لعلّى بن الحسين الميثمى لا فى الروايات و لا فى كتب الرجال. نعم، روى قدس سره فى بعض الموارد عن علّى بن الحسن الميثمى (١) إلا أنه غلط، و الصحيح علّى بن الحسن التيمى.

ثم إن صاحب الوسائل قد جعل المروى عنه لعلّى بن الحسن هو الحسن بن علّى بن يونس، و جعل كلمة «يوسف» نسخة بدل ليونس، و هو من الغلط جزماً، فإن الحسن بن علّى بن يونس لا وجود له فى الروايات و كتب الرجال أيضاً، فالصحيح هو الحسن بن علّى بن يوسف - على ما فى الكافى و الفقيه و التهذيب - و هو ابن بقاح الثقة (٢).

و كيف كان، فالرواية معتبرة من حيث السند. و أمّا من حيث الدلالة، فهى واضحة الدلالة؛ لأنه عليه السلام قال:

«لا بأس به»

أى لا بأس بأن يعمل الوصى بمال الصغير.

قال الإمام الخمينى قدس سره: «دلت بتعليقها على أن إذن الأب موجب لصحة المعاملات الواقعة على مال الصغير؛ سواء كان فى حال حياته؛ بأن يوكل من يعمل ذلك؛ أو كان بعد مماته بالإيضاء و الإجازة» (٣).

و منها: صحيحة

العيص بن القاسم - التى رواها المشايخ الثلاثة - عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن اليتيم متى يدفع إليها مالها؟ قال: إذا علمت أنها لا تُفسد و لا تُضيع. فسألته إن كانت قد تزوجت؟ فقال: إذا تزوجت فقد

□

(١) قال السيد الخوئى: أحمد بن محمد العاصمى، فقد روى عن على بن الحسن، و على بن الحسن فضال، و على بن الحسن التيملى، و على بن الحسن التيمى، و على بن الحسن السلمى، و على بن الحسن الميثمى، و جميع هذه العناوين منطبقة على شخص واحد. معجم رجال الحديث ٢: ٣٣٣ الرقم ٩٤٧.

(٢) مباني العروة، كتاب المضاربة ٣: ٢١٧.

(٣) كتاب البيع ٢: ٤٣٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٢٧

انقطع ملك الوصى عنها «١»

فإن ذيل الرواية صريح في ولاية الوصى «٢».

و منها: صحيحة

عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله - عز و جل -:

(فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) قال: «المعروف هو القوت، و إنما عنى الوصى أو الققيم فى أموالهم و ما يصلحهم» «٣».

و يؤيده خبر أسباط بن سالم «٤» و خالد بن بكر «٥» الطويل.

و منها: معتبرة

أبى الربيع قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون فى يديه مال لأخٍ له يتيم و هو وصيه، أ يصلح له أن يعمل به؟

قال: نعم، كما يعمل بمال غيره و الربح بينهما، قال: قلت: فهل عليه ضمان؟

قال: لا إذا كان ناظراً له «٦».

و الدلالة ظاهرة.

فتحصّل ممّا ذكرنا أنّ ولاية الوصى ثابتة إجماعاً و نصّاً و فتوى.

آراء فقهاء أهل السنة فى ولاية الوصى على أموال الصغار

ثبتت الولاية على أموال الصغار للوصى عند جمهور الفقهاء

أ- الشافعية

قال المزنى: «قال الشافعى: و أحب أن يتجر الوصى بأموال من يلى و لا ضمان عليه، و قد اتجر عمر بمال يتيم، و ابضعت عائشة بأموال

بنى محمّد بن أبى بكر فى

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٣٢ الباب ٤٥ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٢) و أيضاً يستفاد من هذه الرواية و هكذا الآتية أنّ الوصى له الولاية على مال الأطفال؛ سواء أوصى بذلك الموصى أم لا. و سواء

جعله وصياً عليهم أم لا. م ج ف.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

(٤) نفس المصدر ١٢: ١٩٠ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

(٥) نفس المصدر ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من أبواب الوصايا، ح ٢.

(٦) وسائل الشيعة ٦: ٥٨ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٢٨

البحر و هم أيتام» «١».

و أضاف الماوردى، بأنّ هذا كان إجماعاً، و لأنّ الولّى يقوم فى مال اليتيم مقام البالغ الرشيد فى مال نفسه، فلمّا كان من أفعال الرشيد

أن يتجر بماله، كان الولي في مال اليتيم مندوباً إلى أن يتجر بماله، ولأن الولي مندوب إلى أن يثمر ماله من يلي عليه، و التجارة من أقوى الأسباب في تجميع المال،

ولما روى أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: «ابتغوا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة» «٢»، «٣».

و في معنى المحتاج: «ولي الصبي أبوه ثم جدّه ثم وصيهما ثم القاضي» «٤».

و في المهذب في فقه الشافعي: «و إن لم يكن أب و لا جدّ نظر فيه الوصي؛ لأنه نائب عن الأب و الجدّ، فقدّم على غيره» «٥». و كذا في روضة الطالبين «٦» و المجموع «٧».

ب- الحنابلة

قال في الكافي: «و يتولّى الأب مال الصبي و المجنون؛ لأنها ولاية على الصغير فقدّم فيها الأب كولاية النكاح، ثم وصيه بعده؛ لأنه نائبه» «٨».

و قال ابن قدامة: «إنّ لوليّ اليتيم أن يضارب بماله و أن يدفعه إلى من يضارب له به، و يجعل له نصيباً من الربح أباً كان أو وصياً، أو حاكماً أو أميناً حاكماً، و هو أولى

(١) مختصر المزني: ٨٩.

(٢) الموطأ: ١٥٢ ح ٥٨٦، الامّ ١: ٣٠، المصنّف لعبد الرزاق ٤: ٦٦ ح ٦٩٨٢، المعجم الأوسط ٢: ٦ ح ١٠٠٢، سنن الدارقطني ٢: ٩٦ ح

١٩٥٨، السنن الكبرى للبيهقي ٨: ٢٩٥-٢٩٦ ح ١١١٤٣-١١١٤٥، كنز العمال ١٥: ١٧٧ ح ٤٠٤٨٤ و ٤٠٤٨٥.

(٣) الحاوي الكبير ٦: ٤٤٣-٤٤٤.

(٤) مغنى المحتاج ٢: ١٧٣.

(٥) المهذب في فقه الإمام الشافعي ٢: ١٢٦.

(٦) روضة الطالبين ٣: ٤٧٥.

(٧) المجموع شرح المهذب ١٤: ١٢١.

(٨) الكافي في فقه الإمام أحمد ٢: ١٠٧، كشاف القناع ٣: ٥٢١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٢٩

من تركه، و ممّن رأى ذلك ابن عمرو النخعي و الحسن بن صالح و مالك و الشافعي ثمّ- بعد ما نقل الخلاف عن الحسن- قال: و الذي عليه الجمهور أولى؛ لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال:

من ولي يتيماً له مال فليتجر له، و لا يتركه حتّى تأكله الصدقة» «١» «٢».

ج- الحنفية

قال في البدائع في سبب تحقّق ولاية الوصي: «و وصي الأب قائم مقامه؛ لأنه رضيه و اختاره، فالظاهر أنّه ما اختاره من بين سائر الناس إلّا لعلمه بأنّ شفقتة على ورثته مثل شفقتة عليهم، و لو لا ذلك لما ارتضاه من بين سائر الناس، فكان الوصي خلفاً عن الأب، و خلف الشيء قائم مقامه كأنه هو، و الجدّ له كمال الرأى و وفور الشفقة، إلّا أنّ شفقتة دون شفقة الأب، فلا جرم تأخرت ولايته عن ولاية الأب، و ولاية وصيه و وصي وصيه أيضاً؛ لأنّ تلك ولاية الأب من حيث المعنى على ما ذكرنا، و وصي الجدّ قائم مقامه؛ لأنه استفاد الولاية من جهته، و كذا وصي وصيه» «٣».

و قال في المبسوط: «و يجوز لوصي اليتيم أن يوكل في كلّ ما يجوز له أن يعمله بنفسه من امور اليتيم» «٤».

و قال في باب الوصايا: «و للوصي أن يتجر بنفسه بمال اليتيم و يدفعه مضاربةً و يشارك به لهم... لأنّ الوصي جعله قائماً مقامه في

التصرف فى المال « ... ٥ »

(١) سنن الترمذى ٣: ٣٢ ح ٦٤٠، سنن الدارقطنى ٢: ٩٥ ح ١٩٥١، كنز العمال ١٥: ١٧٧ ح ٤٠٨٦.

(٢) المغنى ٤: ٢٩٣.

(٣) بدائع الصنائع ٤: ٣٤٩.

(٤) المبسوط للسرخسى ١٩: ٣٠.

(٥) نفس المصدر ٢٨: ٢٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٣٠

و قال فى باب القصاص: «و عفو الأب و الوصى عن قصاص واجب للصغير باطل؛ لأنه فوض إليهما استيفاء حقه شرعاً لا إسقاطه» (١).
د- المالكية

قال ابن شاس: «و وليّ الصبى أبوه و عند عدمه الوصى أو وصيه، فإن لم يكن فالحاكم» (٢).

و فى شرح الزرقانى: «ثم يلى أبا المحجور وصيه؛ أى الذى أوصاه الأب قبل موته على ولده؛ لأنه نائبه، فإن مات فوصيه الذى أوصاه ذلك الوصى قبل موته» (٣) و كذا فى بداية المجتهد (٤) و الذخيرة (٥).

و فى حاشية الخرشى: «و إن لم يوجد الأب فوصيه يقوم مقامه و ينظر فى مصالح اليتيم من بيع و غيره» (٦).

و فى الكافى فى فقه أهل المدينة المالكى: «و لا بأس بالتجارة فى مال اليتيم، و لا ضمان على الوصى» (٧ ... ٧).

المطلب الثانى: فى بيان شرائطها:

إشارة

الأول: أنه يشترط فى تصرفات الوصى فى أموال الصغار مراعاة المصلحة و النظر و الغبطة؛ للأدلة التى ذكرنا فى ولاية الأب و الجد، و لا يجوز له التصرف

(١) نفس المصدر ٢٦: ١٦١.

(٢) عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦٣٠.

(٣) شرح الزرقانى لأبى الضياء ٣: ٢٩٨.

(٤) بداية المجتهد لابن رشد ٢: ٢٨٠ - ٢٨١.

(٥) الذخيرة لابن إدريس القرافى ٧: ١٦٢ - ١٦٣.

(٦) حاشية الخرشى لعبد الله بن الخرشى ٦: ٢٤٣.

(٧) الكافى فى فقه أهل المدينة للمالكى، لابن عبد البر: ٤٢٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٣١

فى مال الصغير بما لا حظ فيه، كالعتق و الهبة و التبرعات و غيرها، و البيع و الشراء بغير فاحش.

الثانى: قال فى المناهل: «هل يشترط فى ثبوت ولاية الوصى لأحد الأبوين و جعله وصياً على الصغير، أو لا؟ بل يكفى مجرد صدق

كونه وصياً و لو كان وصياً على الثلث فقط؟ يظهر من إطلاق عبارات الأصحاب الثانى، و لكن قد يدعى انصراف الإطلاقات المذكورة إلى صورة جعله وصياً على الصغير، فيلزم الرجوع فى غيرها إلى حكم الأصل و هو عدم ثبوت الولاية، فلاحتمال الثانى هو الأقرب» (١).

اشتراط تصرفات الوصى للمصلحة عند أهل السنة

يظهر من كلمات فقهاء أهل السنة التى ذكرناها فى نقل آرائهم فى ولاية الوصى: أنهم قائلون بولاية وصى الوصى أيضاً كالوصى، فراجع.

و هم أيضاً قائلون بأنه يشترط فى تصرفات الوصى أن تكون موافقة للمصلحة.

قال ابن قدامة (٢) من فقهاء الحنابلة: «و ليس لوليه التصرف فى ماله بما لا حظ له ... لقوله- تعالى: (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) (٣)*. و قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «لا ضرر و لا ضرار» (٤)

و بمثل ذلك قال ابن شاس من فقهاء المالكية (٥).

و فى المبسوط: «الوصى يعطى مال اليتيم مضاربه، و إن شاء أبضعه، و إن شاء

(١) المناهل: ١٠٦.

(٢) الكافى فى فقه الإمام أحمد ٢: ١٠٧، الشرح الكبير ٤: ٥١٩.

(٣) سورة الإسراء ١٧: ٣٤؛ سورة الأنعام ٦: ١٥٢.

(٤) تقدّم فى آخر المبحث الثالث.

(٥) عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦٣٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٣٢

اتجر إلى غير ذلك و كان خيراً لليتيم فعل، لقوله تعالى: (قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ) «... ١» و قال صلى الله عليه و آله و سلم:

ابتغوا فى أموال اليتامى خيراً كيلا تأكلها الصدقة (٢) «... ٣».

و فى معنى المحتاج: «و يتصرف له الولى بالمصلحة و جوباً؛ لقوله تعالى ...

و قضيته كلامه كأصله أن التصرف الذى لا خير فيه و لا شر ممنوع منه؛ إذ لا مصلحة فيه «... ٤».

و اشترط بعض فقهاء أهل السنة فى ولاية الوصى أن يكون عادلاً.

قال ابن قدامة: «و من شرط ثبوت الولاية العدالة بلا- خلاف؛ لأن فى تفويضها إلى الفاسق تضييعاً لماله، فلم يجز، كتفويضها إلى السفية» (٥).

و قال النووي: «ثم الوصى أى المنسوب من جهة الأب أو الجد، أو وصى من تأخر موته منهما؛ لأنه يقوم مقامه و شرطه العدالة» (٦) و كذا فى معنى المحتاج (٧)

(١) سورة البقرة (٢): ٢٢٠.

- (٢) تقدّم عن قريب.
- (٣) المبسوط للسرخسى ٢٢: ١٩-٢٠.
- (٤) مغنى المحتاج ٢: ١٧٤.
- (٥) الكافى فى فقه أحمد ٢: ١٠٧.
- (٦) المجموع شرح المهذب ١٤: ١٢١.
- (٧) مغنى المحتاج ٢: ١٧٥.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٣٣

المبحث الخامس: نفوذ تصرفات الوكيل على أموال الصغار

لا خلاف فى ولاية الوكيل من قبل الأب أو الجدّ على أموال الصغار. قال المحقّق فى الشرائع: «و للأب و الجدّ أن يوكلوا عن الولد الصغير» «... ١».

و فى التذكرة «كلّ من صحّ تصرّفه فى شىء تدخله النيابة صحّ أن يوكل فيه» «٢». و كذا فى التحرير «٣» و القواعد «٤» و الإرشاد «٥» و جامع المقاصد «٦» و مجمع الفائدة و البرهان «٧» و مفتاح الكرامة «٨».

و قال المحدث البحرانى: «و الوكيل من المالك أو ممّن له الولاية» «٩».

و فى الرياض: «أو وكيلًا عن المالك أو من له الولاية حيث يجوز له التوكيل» «١٠».

و قال فى تحرير الوسيلة: «يجوز للولى كالأب و الجدّ للصغير أن يوكل غيره فيما يتعلّق بالمولى عليه ممّا له الولاية عليه» «١١»

- (١) شرائع الاسلام ٢: ١٩٧.
- (٢) تذكرة الفقهاء ٢: ١١٥، الطبعة الحجرية.
- (٣) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٢٩.
- (٤) قواعد الأحكام ٢: ٣٥١.
- (٥) إرشاد الأذهان ١: ٤١٥.
- (٦) جامع المقاصد ٨: ١٨٩.
- (٧) مجمع الفائدة و البرهان ٩: ٤٩٠ و ٤٩٤.
- (٨) مفتاح الكرامة ٧: ٥٣٤ و ج ٥: ٢٤٧.
- (٩) الحدائق الناظرة ١٨: ٤٠٣.
- (١٠) رياض المسائل ٥: ٦٣.
- (١١) تحرير الوسيلة ٢: ٤٢ مسألة ١٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٣٤

و بالجملة يستفاد من كلمات الفقهاء أنّه كلّ ما تعلّق غرض الشارع بإيقاعه مباشرة لا يصحّ التوكيل فيه. و أمّا إذا لم يكن كذلك فإنّه يصحّ فيه التوكيل، فعلى هذا يجوز للأولياء كالأب و الجدّ و الوصىّ لهما و الحاكم أن يوكلوا غيرهم فيما يتعلّق بالمولى عليهم ممّا لهم الولاية عليه؛ لأنّ الغرض من جعل الولاية لهم حفظ أنفسهم و أموالهم من التلف و الضرر، و إعادتهم فيما يحتاجون إليه فى أمورهم، و هذا يمكن أن يصدر من الأولياء و من غيرهم.

و الدليل على إثبات ولاية الوكيل على أموال الصغار ما ذكرناه لإثبات ولايته على النكاح «١»؛ كعموم بعض النصوص، مثل: معتبرة

□
معاوية بن وهب و جابر بن يزيد جميعاً، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال:
«من وكل رجلاً على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها، كما أعلمه بالدخول فيها» «٢».
و حيث إن جواز التصرف في مال الصبي هو أمر من الأمور، فالوكالة فيه ثابتة.
□
و الحاصل: أنه لا تفاوت بين البابين، فلا نتعرض لبيان الأدلة مراعاة للاختصار، و الحمد لله رب العالمين.

(١) راجع الفصل السادس من هذا الباب.

(٢) وسائل الشريعة ١٣: ٢٨٥ الباب ١ من كتاب الوكالة، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٣٥

الفصل العاشر في ولاية الحاكم، والقاضي و عدول المؤمنين على أموال الصغار

إشارة

و فيه مباحث:

المبحث الأول: ولاية الحاكم

إشارة

لا- شبهة في أن للحاكم الذي هو الفقيه الجامع للشرائط جواز التصرف في أموال الغيب و القصير، و الظاهر أنه لا خلاف في أصل ولايته على أموالهم، بل الإجماع عليه، فيجوز بيع مال الصغير و نحوه بشرط المصلحة من الحاكم أو أمينه عند عدم الأب و الجد و وصيهما.

إنما الكلام في أن جواز تصرفه هذا، هل يكون من جهة النيابة العامة الثابتة للفقيه عن الإمام عليه السلام كما هو المشهور، أو لكون هذا التصرف من شئون القضاء الثابتة له بلا خلاف، أو من باب أمور الحسبة؟.

قال الشيخ رحمه الله في المبسوط: «من ولى مال اليتيم جاز له أن يتجر فيه للصبي

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٣٦

نظراً له؛ سواء كان أباً أو جدّاً أو وصياً أو حاكماً أو أميناً لحاكم» «١». و هكذا في النهاية «٢». و مثل هذا في السرائر «٣».

و قال المحقق رحمه الله: «الولاية في مال الطفل و المجنون، للأب و الجد للأب، فإن لم يكونا فلوصى، فإن لم يكن فللحاكم» «٤».

و كذا في المختصر النافع «٥». و به قال بنو حمزة «٦» و زهرة «٧» و إدريس «٨» و سعيد «٩»، و الفاضل الآبي «١٠»، و العلامة في أكثر كتبه «١١»، و الشهيد الأول «١٢».

و قال الشهيد الثاني: «إن الأمور المفتقرة إلى الولاية إما أن تكون أطفالاً، أو وصايا و حقوقاً و ديوناً. فإن كان الأول فالولاية فيهم لأبيه، ثم لجدّه لأبيه، ثم لمن يليه من الأجداد على ترتيب الولاية، الأقرب منهم إلى الميت فالأقرب، فإن عدم الجميع فوصى الأب، ثم وصى الجد و هكذا، فإن عُدِم الجميع فالحاكم، و الولاية في الباقي غير الأطفال للوصى ثم الحاكم، و المراد به السلطان العادل، أو نائبه الخاص أو العام مع تعدد الأولين؛ و هو الفقيه الجامع لشرائط الفتوى العدل. و إنما

(١) المبسوط للطوسي ٢: ١٦٢.

(٢) النهاية للطوسي: ٣٦١.

(٣) السرائر ٣: ١٩٤ و ج ٢: ٢١١.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٠٢-١٠٣.

(٥) المختصر النافع: ١٤٦ و ١٧٠.

(٦) الوسيلة: ٢٧٩.

(٧) غنية النزوع: ٢٠٧.

(٨) السرائر ٢: ٢١١.

(٩) الجامع للشرائع: ٢٤٦.

(١٠) كشف الرموز ١: ٥٥٤.

(١١) إرشاد الأذهان ١: ٣٦٠ و ٣٩٧.

(١٢) الدروس الشرعية ٣: ١٩٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٣٧

كان حاكماً عاماً لأنه منصوب من قبل الإمام لا بخصوص ذلك الشخص، بل بعموم قولهم عليهم السلام:

«انظروا إلى من كان منكم قد روى حديثنا» «١»

«٢». و قال المحقق الكركي في رسالة صلاة الجمعة:

«تفق أصحابنا رضوان الله عليهم على أن الفقيه العدل الإمامي الجامع لشرائط الفتوى المعبر عنه بالمجتهد في الأحكام الشرعية نائب من قبل أئمة الهدى صلوات الله و سلامه عليهم في حال الغيبة في جميع ما للنيابة فيه مدخل ... و له أن يبيع مال الممتنع من أداء الحق إن احتيج إليه، و يلي أموال الغياب و الأطفال و السفهاء و المفلسين، و يتصرف على المحجور عليهم، إلى آخر ما يثبت للحاكم المنصوب من قبل الإمام عليه السلام» «٣».

و قريب من هذه العبارات جاء في كلمات بعض آخر من المتأخرين «٤»، و متأخرى المتأخرين «٥». و هكذا بعض فقهاء العصر «٦».

و يمكن أن يدعى أن ولاية الفقهاء الجامعين للشرائط على أموال اليتامى من ضروريات فقه الإمامية:

شيرازی، قدرت الله انصاری و پژوهشگران مرکز فقهی ائمه اطهار عليهم ا، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ٤ جلد، مرکز فقهی ائمه

اطهار عليهم السلام، قم - إيران، اول، ١٤٢٩ ه ق موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها؛ ج ٢، ص: ٢٣٧

جاء في الجواهر: «بالجملة: فالمسألة من الواضحات التي لا تحتاج إلى أدلة» «٧»

(١) الكافي ٧: ٤١٢ ح ٥، تهذيب الأحكام ٦: ٢١٨ ح ٥١٤.

(٢) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٤-٢٦٥.

(٣) رسائل المحقق الكركي ١: ١٤٢.

(٤) غاية المراد ٢: ٢١ و ٢٠٤، اللعة الدمشقية: ٦٢، جامع المقاصد ٤: ٨٥، زبدة البيان: ٥٠١، كفاية الأحكام: ١١٣، جامع الشتات ٢:

- (٥) عوائد الأيتام: ٥٥٥، مفاتيح الشرائع ٣: ١٨٦، الحدائق الناظرة ١٨: ٣٢٢، رياض المسائل ٥: ٦٣.
- (٦) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٦٢٣ و ٦٧٣-٦٧٥، منهاج الصالحين للسيد الخوئي ٢: ٢٢ و ٢١٠، الأحكام الواضحة للشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني: ٣١٧.
- (٧) جواهر الكلام ٢١: ٣٩٧.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٣٨
- و قال الإمام الخميني رحمه الله: «ولاية الفقيه- بعد تصوّر أطراف القضية- ليست أمراً نظرياً يحتاج إلى برهان» (١).

أدلة ولاية الحاكم على أموال الصغار

- يدلّ على ولاية الحاكم على أموال الصغار امور:
- الأول: الإجماع القطعي كما تقدّم في كلام المحقّق الكركي.
- قال صاحب الرياض- بعد ذكر من لهم الولاية على أموال الصغار من الأب و الجدّ و الحاكم الشرعي و أمينه المنصوب من قبله، و بيان مراتبهم في ذلك:-
- «ولا- خلاف في ثبوت الولاية لهؤلاء، بل الظاهر الإجماع عليه، و هو الحجّة» (٢)، و نقله أيضاً المحقّق الأردبيلي (٣). و ادّعاءه في الجواهر (٤).
- و قال المحقّق القمي: «و الدليل لولاية الحاكم الإجماع المنقول و عموم النيابة التي تستفاد من مثل المقبولة و غيرها» (٥).
- و قال الفاضل النراقي: «و حكاية الإجماع و عدم الخلاف فيه مستفيضة» (٦).
- و جاء في العناوين للسيد المراغي: «و نقل الإجماع في كلامهم على هذا المعنى لعلّه مستفيض في كلامهم» (٧).

(١) كتاب البيع ٢: ٤٦٧.

(٢) رياض المسائل ٥: ٦٣.

(٣) مجمع الفائدة و البرهان ٩: ٢٣٢.

(٤) جواهر الكلام ١٥: ٤٢٢.

(٥) جامع الشتات ٢: ٤٦٥.

(٦) عوائد الأيتام: ٥٥٥.

(٧) العناوين ٢: ٥٦٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٣٩

الثاني: قوله- تعالى:- (وَ لَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) «١»*.

و تقريب الاستدلال بها: أنّ الآية إمّا خطاب إلى الأولياء، كقوله تعالى:

(فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) «٢». فالخطاب فيها متوجّه إلى الوصي و الحاكم و أمينه و لعلّ إلى الجدّ لو لا انصرافها عنه؛ لأنّها في مورد اليتيم.

و إمّا خطاب لجميع المكلفين، كما يشهد له سياق الآيات المتقدّمة عليها و المتأخّرة عنها.

و على كلا التقديرين تكون الآية بلحاظ الاستثناء دليلاً على جواز التصرف المقرون بمصلحة الصغير، فتدلّ على جواز قرب ماله بالتّي هي أحسن لكلّ أحدٍ من الناس، و القدر المتيقّن منه الفقهاء فيجوز لهم قطعاً، و كذلك يجوز قرب غيرهم مع إذن الفقيه، و أمّا بدون

إذنه فجواز قرب مال اليتيم لا يستفاد من الآية «٣»؛ لجواز أن يكون الأحسن كونه مع إذن الفقيه الذى بيده مجارى الامور، و هو المرجع فى الحوادث و الحجّة و الحاكم و القاضى من جانب الإمام، و أمين الرسول، و كافل الأيتام، و أعلم بوجوه التصرف، بل يظهر منه عدم جواز قرب الغير بدون إذنه، كما صرح بذلك الفاضل النراقى رحمه الله «٤»

(١) سورة الأنعام: ٦: ١٥٢؛ سورة الإسراء: ١٧: ٢٤.

(٢) سورة النساء: ٤: ٦.

(٣) الحق أن الآية الشريفة لا تدلّ على من له الولاية على التصرف، و بعبارة اخرى: لا تعين الأولياء، بل تدلّ على أن من له الولاية الثابتة بدليل آخر لا يجوز له التصرف إلّا بالتى هي أحسن، أو تدلّ على أن جميع المكلفين إذا أرادوا التصرف و لو من جهة اشتراء مال اليتيم لا يجوز إلّا بالأحسن، فالمشترى لمال اليتيم مخاطب أيضاً مع أنه ليس ولياً، و بناءً على ذلك لا تدلّ الآية الشريفة على أن الفقيه له التصرف فى مال اليتيم ولاية. نعم لا تدلّ على الحكم التكليفى فقط كما ذهب إليه السيد الخوئى، بل تدلّ على عدم جواز التصرف تكليفاً و وضعاً إلّا بالتى هي أحسن، فالآية لا تدلّ على الولاية، بل تدلّ على التصرفات بالنحو الذى ذكر. م ج ف.

(٤) عوائد الأيتام: ٥٥٥ مع تصرف.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٤٠

إيراد المحقق الخوئى على الاستدلال بالآية و الجواب عنه

أورد عليه السيد الخوئى بأن دلالة الآية على ثبوت الولاية ممنوع، و قال فى توضيحه: «إن ظاهر الآية هو النهى تكليفاً فى التسايط على مال اليتيم و تملكه و أكله بالباطل».

ثم قال: «و المراد بالتى ليس هو التقرب و إلّا لما كان وجه للتأنيث، بل هي إشارة إلى الطريقة الوسطى الإسلامية، أو إلى الشريعة الواضحة المحمّدية، كما عبّر عن ذلك فى آية اخرى بالمعروف، و نهى عن أكل مال اليتيم إلّا بالمعروف، و عليه: فتكون الآية نظير آية التجارة نهياً عن أكل المال بالباطل إلّا بالطريقة الوسطى و بالأسباب الشرعية، فلا تكون مربوطاً بالبيع و الشراء بجهة الولاية» «١».

و فى كلامه قدس سره نظر؛ لأنه لو كان مفاد آية النهى عن قرب مال اليتيم مثل آية النهى عن التجارة بالباطل كما قال رحمه الله، يصير معناها «٢» بلحاظ الاستثناء (حتى يبلغ أشده) * هكذا، إذا بلغ اليتيم أشده فيجوز قرب ماله بغير التى هي أحسن و غير الطريقة الإسلامية، و بلوغ اليتيم أشده يبيح قرب ماله و يجوز أكله و تملكه بغير الأحسن، و فساده ظاهر، و معنى القرب - كما جاء فى التفاسير - التصرف فيه و حفظه و تثيره و الاتجار به.

قال الشيخ رحمه الله: «فى الآية نهى من الله - تعالى - لجميع المكلفين أن يقربوا مال اليتيم إلّا بالتى هي أحسن، و هو أن يحفظوا عليه و يثمروه، أو ينفقوا عليه بالمعروف على ما لا يشك أنه أصلح له، فأما لغير ذلك فلا يجوز لأحد التصرف فيه» «... ٣»

(١) مصباح الفقاهة ٥: ٢٧ و ٧٧ و ٧٩.

(٢) هذا المعنى ممنوع جداً؛ فإن الآية بلحاظ الاستثناء تدلّ على أن اليتيم إذا بلغ أشده فيجوز دفع ماله إليه حتى يتصرف فيه بأى نحو شاء و أراد، و بعبارة أخرى: جواز القرب و عدم جوازه مختص بزمان عدم البلوغ، و إلّا فبعده لا معنى للقرب أصلاً، و هذا يستفاد من الكشاف أيضاً. م ج ف.

(٣) التبيان فى تفسير القرآن ٦: ٤٧٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٤١

و كذا في مجمع البيان (١).

و في الكشاف: «و لا- تقرّبوا مال اليتيم إلّا بالتى هى أحسن، إلّا بالخصلة التى هى أحسن ما يفعل بمال اليتيم، و هى حفظه و تسميره، و المعنى افظوا عليه حتى يبلغ أشده فادفعوا إليه بالقسط» (٢).

و نحو هذا كلام القرطبي فى الجامع لأحكام القرآن (٣).

و فى الدر المنثور: «أخرج أبو حاتم عن عطية فى قوله: (وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ) * الآية، قال: طلب التجارة فيه و الربح فيه» (٤).

على هذا لا وجه لما ذكره قدس سره فى دلالة الآية من أنّ مدلولها هو النهى تكليفاً فى القرب بمال اليتيم، و تملكه و أكله بالباطل و على غير وجه الشرعية، و كونها نظير آية التجارة.

و ظهر ممّا ذكرنا أيضاً ما فى كلام المحقق الايروانى قدس سره من «أنّ الآية بصدد بيان ما يجوز من التصرف و ما لا يجوز، لا ضابط من له التصرف ممن ليس له، فهى مهملة من هذه الحيثية» (٥)؛ لأنّه لا إهمال فى الآية الكريمة، بل هى ظاهرة بلحاظ الاستثناء فى جواز التصرف المقرون بمصلحة الغير، و حيث إنّ مورد الآية هو اليتيم الذى لا وليّ له، فللحاكم و أمينه أو المأذون من قبله أو الوصى للجدّ أو الأب جواز التصرف، و حيث إنّ الضرورة و الإجماع قائم بأنّه لا- يجوز التصرف فى مال اليتيم إلّا من هؤلاء الخمسة المذكورة.

(١) مجمع البيان ٤: ١٨٣.

(٢) الكشاف ٢: ٧٩.

(٣) الجامع لأحكام القرآن ٧: ١٣٤.

(٤) الدر المنثور ٣: ٥٥.

(٥) حاشية الايروانى على المكاسب: ١٥٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٤٢

فيستفاد من الآية بضميمة الإجماع و الضرورة ولاية الحاكم، و هو المطلوب.

الثالث: سيرة المتشّعة و ارتكازهم

قال السيّد السبزواري: «و سيرة المتشّعة بالرجوع إلى المجتهدين فيها؛ أى فى امور الأيتام و المجانين و الأوقاف التى لا متولّى لها... ثم قال:

«إنّ ولاية الفقيه الجامع للشرائط فى مثل هذه الامور الدينيّة من مرتكرات المتشّعة، بل من فطريات أهل كلّ مذهب و ملّة الرجوع فيها إلى علماء مذهبهم، و أنّ للعلماء نحو ولاية فى مثل هذه الامور... و فى مثل هذا الأمر الارتكازى للمتشّعة لا يحتاج إلى ورود التعبد من الشارع، بل يكفى مجرد عدم الردع فى هذه الامور العامّة الابتلاء فى جميع الأعصار و الأزمان. فلا وجه بعد ذلك للتمسك بأصالة عدم الولاية؛ لأنّها ثابتة بنظر العرف، و ما ورد من الترغيب فى الرجوع إلى الفقهاء ورد فى مورد هذا النظر العرفى، فيؤكده و يثبتته، فأصل ولاية الفقيه فى الجملة ممّا لا ينبغى أن يبحث عنه» (١).

الرابع (٢): القاعدة الثابتة من بعض الأخبار و من مذاق الشريعة؛ و هى أنّه لا شكّ فى أنّ الصغير ممنوع عن التصرف فى ماله شرعاً، إجماعاً و نصّاً، كتاباً و سنّة، فإمّا لم يُنصب من جانب الله سبحانه أحد لحفظ أمواله و إصلاحه و التصرف فيه فيما يصلحه، أو نصب.

و الأوّل غير جائز على الحكيم - تعالى - المتقن عقلاً، كما صرح به فى رواية العلل من أنّه

«لو لم يجعل لهم إماماً قيماً أميناً حافظاً مستودعاً لدرست الملة، و ذهب الدين، و غيرت السنن و الأحكام

- إلى أن قال: -

و كان في ذلك فساد

(١) مهذب الأحكام ١: ١١٥.

(٢) هذا الوجه و كذا الوجه السابق لا تدلّ على ثبوت الولاية، بل غايتها الثبوت من باب الحسبة لا الولاية، و الفرق بينهما واضح جداً. م ج ف.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٤٣

الخلق أجمعين» (١).

و يدلّ عليه أيضاً استفاضه الأخبار بأنّ الشارع لم يدع شيئاً ممّا تحتاج إليه الامة إلّا بينه لهم (٢).

و لا شكّ أنّ هذا أشدّ ما يحتاجون إليه، بل يبطله في الأكثر نفى الضرر و الضرار، فتعين الثاني، و هذا المنصوب إمّا أن يكون معيناً أولاً على التعيين؛ أي كلّ من كان، و المراد لا على التعيين لا ماهيّة له و لا هويّة. و على التعيين إمّا يكون هو الفقيه أو الثقة العدل، و على كلا التقديرين يكون الفقيه منصوباً، فهو المتيقّن و الباقي مشكوك، أشار إلى هذا الوجه الفاضل النراقي قدس سره (٣).

الخامس: - و هو العمدة- الأخبار الكثيرة

منها: صحيحة

إسماعيل بن بزيع قال: مات رجل من أصحابنا و لم يوص فرجع أمره إلى قاضي الكوفة فصير عبد الحميد القيم بماله، و كان الرجل خلف ورثته صغاراً و متاعاً و جوارى، فباع عبد الحميد المتاع، فلمّا أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهنّ؛ إذ لم يكن الميت صير إليه وصيته، و كان قيامه فيها بأمر القاضي؛ لأنهنّ فروج. قال: فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام و قلت له: يموت الرجل من أصحابنا و لا يوصى إلى أحدٍ و يخلف جوارى فيقيم القاضي رجلاً ممّن فيبيعهنّ، أو قال: يقوم بذلك رجل ممّن يضعف قلبه لأنهنّ فروج، فما ترى في ذلك؟

قال: فقال: «إذا كان القيم به مثلك و (٤) مثل عبد الحميد فلا بأس» (٥).

(١) علل الشرائع ١: ٢٥٣-٢٥٤.

(٢) الكافي ١: ٥٩ ح ٢ و ٤.

(٣) عوائد الأيام: ٥٥٥-٥٥٦.

(٤) في نسخة من التهذيب «أو».

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع و شروطه، ح ٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٤٤

قال المحقق العراقي: «صحيحة ابن بزيع خير شاهد على ثبوت هذه التولية العامة» (١).

و المهمّ في فقه الحديث هو بيان جهة المماثلة و أنّها في أيّ شيء؟ فقد جعل الشيخ الأعظم قدس سره موارد الاحتمالات في المماثلة أربعة، حيث قال: «إنّ المراد من المماثلة: إمّا المماثلة في التشيع، أو في الوثاقه و ملاحظه مصلحة اليتيم و إن لم يكن شيعياً، أو في الفقه؛ بأن يكون من نواب الإمام عليه السلام عموماً في القضاء بين المسلمين، أو في العدالة» (٢).

أمّا احتمال التماثل في التشيع فبعيد جداً؛ إذ الظاهر من الرواية أنّ التشيع مفروض الوجود و مفروغ عنه، و إنّما السؤال من جهة أنّ نصب القاضي يجوز التصرف للقيم أم لا؟ مع عدم كون القاضي شيعياً و لا فقيهاً في مذهبنا و لا عدلاً، بل و لا ثقةً على الظاهر، و

ذلك لأن فرض السائل كون الرجل من أصحابنا و جعل القاضى عبد الحميد قيماً.

و أما احتمال المماثلة فى الفقاهة لكون محمد بن إسماعيل بن بزيع من فقهاء الشيعة؛ لأنه من مشايخ فضل بن شاذان، و كذلك عبد الحميد على بعض الوجوه، فمعنى الرواية يكون هكذا: إن كان القيم مثلك و مثل عبد الحميد فقيهاً فلا بأس، و تدلّ على ولاية الفقيه على أموال اليتامى، و سيأتى زياد توضيح فى ذلك قريباً.

قال السيد الخوئى قدس سره: «ربما يقال: إن عبد الحميد هذا محتمل بين اثنين:

أحدهما ثقة لم تثبت فقاوته و هو ابن سالم، و الآخر فقيه لم يثبت وثاقته و هو ابن سعيد، فحينئذ تكون الرواية مجمله من حيث اعتبار الفقاهة، و لكنّ الظاهر أنّ

(١) شرح تبصره المتعلمين، كتاب القضاء: ٢٤٠.

(٢) كتاب المكاسب ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٦٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٤٥

المراد منه هو عبد الحميد بن سالم كما صرح به فى الرواية، حيث قال: و جعل عبد الحميد بن سالم القيم بماله كما فى التهذيب فى باب الزيادة من الوصية، و أنّ توثيقه لم ينحصر بهذه الرواية، بل ظاهر عبارة النجاشى فى ابنه محمد بن عبد الحميد بن سالم هو ذلك مع إثبات كتاب له، فىكون فقيهاً» (١).

و مقصوده قدس سره ما قال النجاشى فى ترجمة ابنه محمد بن عبد الحميد، و هذا نصّه:

«روى عبد الحميد، عن أبى الحسن موسى عليه السلام، و كان ثقةً من أصحابنا الكوفيين، له كتاب النوادر» (٢). فيستفاد من هذا أنّ التوثيق للأب لا للابن؛ لأنه إذا كان الراوى صاحب كتاب أو أصل يستظهر بل يستفاد أنّه فقيه، كما أشار إليه المحقق الاصفهاني (٣). و قال المحقق التستري بعد نقل ما قال النجاشى فى ترجمة الرجل:

أقول: التحقيق أنّه ظاهر فى الرجوع إلى هذا؛ لقوله: «و كان» بالوصل؛ فإنّه ظاهر فى العطف على قوله: «روى» و لو أراد قطع الكلام عن الأب لقال: «كان» بالفصل، كما فى قوله بعده: «له كتاب» (٤).

مضافاً إلى أنّه يمكن إثبات فقاوته من حيث أنّه جعل قريباً لمثل ابن بزيع، الذى هو من الفقهاء و من مشايخ الفضل بن شاذان كما تقدّم. و أما لو كان هو عبد الحميد ابن سعيد؛ لأنّ فى نسخة الكافى و بعض نسخ التهذيب لم تكن كلمة «ابن سالم» موجودة «٥»، كما قال الشيخ التستري أيضاً نقلًا عن الوحيد: «لم يجد

(١) مصباح الفقاهة ٥: ٦١.

(٢) رجال النجاشى: ٣٣٩ الرقم ٩٠٦.

(٣) حاشية المكاسب ٢: ٤٠٦.

(٤) قاموس الرجال ٦: ٦٦ الرقم ٣٩٥٨.

(٥) الكافى ٥: ٢٠٩، و فيه «فصير عبد الحميد القيم بماله».

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٤٦

فى نسخه من التهذيب لفظة «بن سالم» فلعل المراد بعبد الحميد فيه عبد الحميد ابن سعيد الآتى؛ لأنّ هذا من أصحاب الصادق و الكاظم عليهما السلام، و المسئول عنه الجواد عليه السلام» (١).

قال النجاشى: و أمّا وثاقته فمن وجهين: من جهة هذه الرواية، كما قال التستري فى ترجمته. «فكونه من أصحاب الجواد عليه السلام فى

غاية القرب، و حينئذٍ فيدلّ الخبر على وثاقته» (٢).

و من جهة رواية صفوان عنه، و هو ممن أجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه، قال الشيخ في العدة: «و لأجل ذلك سوت الطائفة بين ما يرويّه محمّد بن أبي عمير، و صفوان بن يحيى، و أحمد بن محمّد بن أبي نصر، و غيرهم من الثقات الذين عرفوا بأنهم لا يروون و لا يرسلون إلّا عمّن يوثق به» (٣).

مضافاً إلى أنه قيل: إنهما واحد، و أنه نسب تارةً إلى أبيه، و اخرى: إلى جدّه؛ لتوصيف كليهما بأنه مولى بجيلة كوفى و كليهما بالطّار، فهو فقيه موثق، و الله العالم (٤).

الإيراد على الاستدلال بالصحيحة و الجواب عنه

قال الشيخ الأعظم الأنصارى - بعد ذكر الصحيحة و بيان الاحتمالات فى المماثلة -: «و الاحتمال الثالث - أى الفقهائى - منافٍ لإطلاق المفهوم الدالّ على ثبوت البأس مع عدم الفقيه و لو مع تعدّره، و هذا بخلاف الاحتمالات الاخرى - إلى أن

(١) قاموس الرجال ٦: ٦٧.

(٢) رجال النجاشى: ٢٤٦.

(٣) العدة فى الاصول ١: ١٥٤.

(٤) حاشية المكاسب للمحقّق الاصفهانى ٢: ٤٠٦، تنقيح المقال ٢: ١٣٥ مع تصرّف.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٤٧

قال: - فيجب الأخذ فى مخالفة الأصل بالأخصّ منها؛ و هو العدل» (١).

و قال المحقّق النائينى فى توضيح هذا الإيراد: «و على هذا الاحتمال - أى المماثلة فى الفقهائى - تخرج الصحيحة عن الدلالة على ولاية غير الفقيه، لكنّه بعيد فى نفسه؛ لاقتضائه بمفهومه ثبوت البأس مع عدم كون المتصدّى فقيهاً، مع أنّ مفروض مورد السؤال هو الأمر الذى يجب القيام به من غير الفقيه عند عدم الفقيه - إلى أن قال: - فالمتعيّن هو أحد الاحتمالين من الثانى أو الثالث، و حيث لا ترجيح لأحدهما على الآخر فلا جرم يجب الأخذ بالمتيقّن منهما و هو العدالة» (٢).

و المتحصّل من هذا الإيراد: أنّ هذا المفهوم «هو مفهوم الشرط، و يستفاد منه أنّه لو لم يكن القيم فقيهاً فففيه البأس، و هذا يناهى كون التصرّف فى مال اليتيم و القيام بأمره من الامور التى لا تسقط بتعدّر إذن الفقيه، و نعلم قطعاً بولاية عدول المؤمنين عند تعدّر الوصول إلى الفقيه، مع أنّ إطلاق ذلك المفهوم يمنع عن ذلك.

و أجاب نفسه قدس سره بأنّه يمكن أن يكون المفروض فى مورد الرواية صورة التمكّن من الرجوع إلى الفقيه، و أنّ البأس كان فى تصدّى غيره لأجل التمكّن من تصدّيه «... ٣.

و أظهر منه ما أجاب عنه السيّد الخوئى رحمه الله بوجهين:

أولاً: النقض بإرادة المماثلة فى العدالة؛ إذ المحذور المذكور وارد على هذا أيضاً، للعلم بوصول النوبة إلى المؤمنين الفاسقين مع تعدّر العدل منهم العياد بالله، مع أنّ المفهوم ينهى جواز توليتهم على ذلك.

و ثانياً: أنّه قد حقّق فى محلّه أنّ أصالة عدم التقييد و ظهور الإطلاق إنّما يتبع

(١) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٦٥.

(٢) (٢-٣) المكاسب و البيع للنائينى ٢: ٣٣٩ و ٣٤٠.

موسوعة أحكام الأطلاق و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٤٨

فيما إذا كان الشك في أصل المراد، فبمقتضى ظهور الكلام و إطلاقه نستكشف مراد المتكلم و يحتج به له و عليه. و هذا بخلاف ما إذا علم المراد من الخارج و كان الشك في كيفية ذلك المراد من المفهوم، فلا يجوز حينئذ التمسك بأصالة عدم التقييد في بيان كيفية المراد حتى يتوهم أن إطلاق المفهوم ينفي وصول النوبة إلى المؤمنين العادلين، فليس المورد مورداً للتمسك بأصالة عدم التقييد أصلاً، كما هو واضح «١»، إذن فلا مجال لإشكال المصنّف؛ إذ هو مفروض التمسك بأصالة عدم التقييد، و قد عرفت عدم وصول النوبة إليها «٢».

ثم قال قدس سره: «و التحقيق أنّ الظاهر إرادة المماثلة من الرواية من «٣» جميع الجهات حتى في العربية و الكوفية، و لكن نرفع اليد عن ذلك في الامور التي نقطع بعدم مدخلتها في الحكم بنحو، كالعربية و الكوفية و نحوهما، و يبقى الباقي تحت الإطلاق، بل كلما نشك في خروجه و دخوله من جهة مدخلته و عدمه، و إنّما الخارج ما نعلم بعدم دخاله في الحكم، إذن فلا وجه لاعتبار العدالة فقط من جهة أخذ القدر المتيقن.

و عليه: فلا بد من اعتبار الفقهة و الوثاقه و العدالة و جميع الخصوصيات المحسنة التي تحتل دخالتها في الحكم في الولاية المجعولة في الرواية، فافهم» «٤»

(١) و الحق أنّ التمسك في المفهوم في ما نحن فيه إنّما هو بالنسبة إلى أصل المراد، و ليس التمسك بأصالة الإطلاق لإثبات كيفية المراد، فالمفهوم بالإطلاق يدلّ على نفى ولاية غير الفقيه حتى عدول المؤمنين. نعم، لا استيحاش في ذلك بعد إمكان تقييده بالأدلة الاخرى. م ج ف.

(٢) مصباح الفقهة ٥: ٦.

(٣) لا ريب عندي في عدم إرادة المماثلة في جميع الجهات؛ فإنّه مضافاً إلى ندرتها غاية الندرة أنّ العرف لا يفهم من العبارة ذلك المعنى؛ فإنّ التعبير بالمثل عند العرف هو من كان شبيهاً أو قريباً إليه في رعاية المصلحة و حفظ الأمانة، و عدم تضييع حقوق الأيتام. م ج ف.

(٤) مصباح الفقهة ٥: ٦٠-٦١.

موسوعة أحكام الأطلاق و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٤٩

و منها: صحيحة

ابن رئاب- التي رواها المشايخ الثلاثة- قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام، عن رجل بيني و بينه قرابة مات و ترك أولاداً صغاراً، و ترك ممالك له غلماناً و جوارى و لم يوص، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أمّ ولد؟ و ما ترى في بيعهم؟ فقال: إن كان لهم وليّ يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم كان مأجوراً فيهم. قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أمّ ولد؟ قال: لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم، و ليس لهم أن يرجعوا عمّا صنع القيم لهم الناظر فيما يصلحهم «١».

و مورد الرواية هو اليتيم الذي لا أب له و لا وصيّ، و كذا الجدّ على الظاهر، و في هذا المورد قال الإمام عليه السلام:

«إن كان لهم وليّ يقوم بأمرهم و باع عليهم و نظر لهم».

فهذه الصحيحة ظاهرة في أنّ الحاكم ينصب فرداً قيماً و ناظراً لهؤلاء الصغار؛ لأنّ جعل القيمومة منحصر بالحاكم، فهي تدلّ على ثبوت الولاية لغير الأب و الوصيّ و الجدّ، حيث انتفت هذه الثلاثة في مورد الرواية. أمّا الأب و الوصيّ، فصريح الرواية انتفاؤهما. و أمّا الجدّ؛ فلأنّه لو كان، لكان هو المتولّي لأمرهم و يذكره الإمام عليه السلام، فتدلّ الصحيحة على إثبات الولاية لغير هؤلاء الثلاثة، و الحاكم منهم، و هو المطلوب، و سيأتي أنّها تدلّ على ولاية عدول المؤمنين أيضاً.

و منها:

ما أرسله في الفقيه قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: اللهم ارحم خلفائي، قيل: يا رسول الله و مَنْ خلفاؤك؟ قال: الذين يأتون من بعدى، يروون حديثي و سنتي» (٢).
و رواه في عيون الأخبار بطرق ثلاثة، رجال كل طريق يغير طريق الآخر

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٤ الباب ٨٨ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٢) الفقيه ٤: ٣٥٢ الرقم ٩١٥، ووسائل الشيعة ١٨: ٦٥ الباب ٨ من أبواب صفات القاضي، ح ٥٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٥٠

و فيها:

«اللهم ارحم خلفائي ثلاث مرّات» (١).

و في معاني الأخبار بسند رابع (٢).

و كذلك في الأمالي و زاد في آخرها:

«ثم يعلمونها امتي» (٣).

و ذكرها في مستدرک الوسائل نقلًا عن صحيفة الرضا عليه السلام (٤).

و كذا في عوالي اللئالي و زاد في آخرها:

«أولئك رفقائي في الجنة» (٥).

و ذكره في البحار نقلًا عن منية المريد مع تفاوتٍ يسير (٦). و مثله ما نقل عن الراوندي (٧).

قال الإمام الخميني: «هي رواية معتمدة لكثرة طرقها، بل لو كانت مرسله لكانت من مراسيل الصدوق التي لا تقصر عن مراسيل مثل ابن

أبي عمير؛ فإنّ مراسلات الصدوق على قسمين: أحدهما: ما ارسل و نسب إلى المعصوم عليه السلام بنحو الجزم، كقوله: قال أمير

المؤمنين عليه السلام كذا. و ثانيهما: ما قال: روى عنه عليه السلام مثلاً، و القسم الأوّل من المراسيل المعتمدة المقبولة» (٨).

و أمّا تقريب الاستدلال بها: بأن يُقال: إنّ معنى الخلافة عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أمر معهود من أول الإسلام ليس فيه

إبهام، و الخلافة لو لم تكن ظاهرة في الولاية و الحكومة فلا أقلّ من أنّها القدر المتيقّن منها (٩)، و منها: الولاية على أموال الصغار.

(١) عيون أخبار الرضا ٢: ٣٧ الرقم ٩٤.

(٢) معاني الأخبار: ٣٧٤-٣٧٥.

(٣) الأمالي للصدوق: ٢٤٧ الرقم ٢٦٦.

(٤) مستدرک الوسائل ١٧: ٢٨٧ الباب ٨ من أبواب صفات القاضي، ح ١٠.

(٥) عوالي اللئالي ٤: ٦٤.

(٦) بحار الأنوار ٢: ٢٥ كتاب العلم الباب ٨ ح ٨٣.

(٧) مستدرک الوسائل ١٧: ٣٠٠ الباب ٨ من أبواب صفات القاضي، ح ٤٨.

(٨) كتاب البيع ٢: ٤٦٨.

(٩) نفس المصدر.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٥١

بتعبيرٍ آخر: الخلافة بقول مطلق كما ورد في الروايات تفيد استخلاف الخليفة في كل ما كان للمستخلف «بالكسر». ففي المقام يستفاد منها أن للفقيه ما كان للنبي صلى الله عليه و آله من الشئون في أمور المسلمين، و منها الولاية على أموال الصغار. نعم، لا يكون له ما استثنى من هذا الإطلاق، كالجهد ابتداءً و تزويج الصغار و غيرهما.

و أورد السيد الخوئي قدس سره على الاستدلال بالرواية ب «أن الظاهر من ذلك خليفتهم في نقل الرواية و الحديث «١»، كما قال صلى الله عليه و آله:

يروون حديثي و سنتي،

لا أن المراد من الخلافة الخلافة في التصرف في أموال الناس و أنفسهم «٢». و يستفاد ذلك أيضاً من كلام المحقق الاصفهاني «٣» و العراقي «٤».

و قال المحقق الايرواني بعد بيان أن الخلافة مقولة بالتشكيك: «و الإضافة تفيد العموم في حق كل من هو خليفة في جهة أو «٥» في جهات، و الذين يأتون بعده و يروون حديثه يشمل الأئمة الذين هم خلفاؤه في كل الجهات و العلماء و الرواة الذين لا يعلم حدّ خلافتهم، فعمل خلافتهم مختصةً بنشر الأحكام و إبلاغها كما يناسبه لفظ يروون حديثي «... ٦».

و في كلامهم نظراً لأن الخلافة لنقل الرواية و السنّة لا معنى لها؛ لأنه صلى الله عليه و آله لم يكن

(١) و يبيّنه التعبير بقوله (من بعدى)؛ فإنّ الخلافة في نقل الرواية و الحديث كانت من زمن النبي صلى الله عليه و آله لا من بعده. هذا، مضافاً إلى أن اللّازم تفسير كلمة الخلفاء مع قطع النظر عن ذيل الرواية بمعنى أنه لو صدر من لسان الرسول صلى الله عليه و آله هذه العبارة فقط، لكان معناه الخلافة في جميع الامور و من يقوم مقامه في كل الشئون إلّا ما استثنى. م ج ف.

(٢) مصباح الفقاهة ٥: ٤٤.

(٣) حاشية المكاسب للاصفهاني ٢: ٣٨٦.

(٤) كتاب القضاء للعراقي: ١٦.

(٥) و الخليفة في جهة من الجهات لا- يُعدّ عند العرف خليفة؛ فإنّ الخلافة متقوم لأكثر من جهة واحدة لو لم نقل بوجود غالب الجهات، فتدبر. م ج ف.

(٦) حاشية المكاسب للايرواني: ١٥٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٥٢

راوياً لرواياته حتى يكون الخليفة قائماً مقامه في ذلك، و قوله صلى الله عليه و آله و سلم:

«الذين يأتون من بعدى، يروون حديثي و سنتي»

يكون معزّفاً للخلفاء، و لا يكون في مقام تحديد معنى الخلافة حتى تكون الخلافة في رواية الحديث و السنّة، هذا أوّلاً.

و ثانياً: على ما في الرواية أضاف صلى الله عليه و آله و سلم الخلفاء إلى نفسه، فقال:

اللهم ارحم خلفائي،

و الإضافة- كما قال المحقق الايرواني نفسه- تفيد العموم، فيستفاد منها أن كل ما كان له صلى الله عليه و آله و سلم من الولاية كان لخلفائه إلّا ما استثنى، و هذا المعنى هو ما قلنا في تقريب الاستدلال بأنّ الخلافة بقول مطلق تفيد استخلاف الخليفة في كل ما كان للمستخلف «بكسر اللام».

و على هذا لا- معنى للقول: بأنّ الظاهر من الحديث خليفتهم في نقل الرواية و الحديث، أو يقال: حيث لا يعلم حدّ خلافة الفقهاء، فخلافتهم مختصةً بنشر الأحكام و إبلاغها.

قال في الجواهر: «و دعوى اختصاص ولايته بالأحكام الشرعية، يدفعها معلومية توليه كثيراً من الامور التي لا ترجع للأحكام، كحفظه لمال الأطفال و المجانين و الغائبين، و غير ذلك مما هو محرر في محلّه، و يمكن تحصيل الإجماع عليه من الفقهاء؛ فإنهم لا يزالون يذكرون ولايته في مقامات عديدة لا دليل عليها سوى الإطلاقات» (١).

وقال الإمام الخميني رحمه الله: «و توهم أنّ المراد من الخلفاء خصوص الأئمة عليهم السلام في غاية الوهن؛ فإنّ التعبير عن الأئمة عليهم السلام برواة الأحاديث غير معهود، بل هم خزّان علمه تعالى، و لهم صفات جميلة إلى ما شاء الله (٢) لا يناسب للإيعاز

(١) جواهر الكلام ١٥: ٤٢٢.

(٢) ورد في حقهم أنّهم الراسخون في العلم و عالمون بتأويله، اصول الكافي ١: ٢٧٠ ب ٢٢، و خزنة علم الله و عيبة وحي الله. نفس المصدر: ٢٤٩ ب ١١، و هم شجرة النبوة و بيت الرحمة و معدن العلم و مختلف الملائكة. نفس المصدر: ٢٧٩ ب ٣١. موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٥٣

إلى مقامهم عليهم السلام «أنهم رواة الأحاديث» بل لو كان المقصود من الخلفاء أشخاصهم المعلومين لقال: عليّ و أولاده المعصومون عليهم السلام لا العنوان العامّ الشامل لجميع العلماء» (١).

و منها: الرواية المتقدمة التي ذكرها في تحف العقول عن سيّد الشهداء، عن أمير المؤمنين عليهما السلام.

و هي و إن كانت مرسلّة، لكن اعتمد على الكتاب صاحب الوسائل قدس سره، و متنها موافق للاعتبار و العقل. و الزوايا طويلة نذكر بعض فقراتها التي دلّت على ما كنّا بصدد إثباته في المقام قال عليه السلام:

«ثم أتت أيتها العصابة، عصابة بالعلم مشهورة، و بالخير مذكورة، و بالنصيحة معروفة، و بالله في أنفس الناس مهابة، يهابكم الشريف، و يكرمكم الضعيف، و يؤثركم من لا- فضل لكم عليه و لا يد لكم عنده، تشفعون في الحوائج اذا امتنعت من طلبها، و تمشون في الطريق بهيئة الملوك، و كرامة الأكارب، أليس كلّ ذلك إنّما نلتموه بما يرجي عندكم من القيام بحقّ الله و إن كنتم عن أكثر حقّه تقصّرون، فاستخففتكم بحقّ الأئمة. فأما حقّ الضعفاء فضيّعتم، و أما حقّكم بزعمتكم فطلبتم، فلا مالاً بذلتموه... لقد خشيت عليكم أيها المتمنون على الله أن تحلّ بكم نعمة من نعماته... و أنتم بالله في عباده تكرمون، و قد ترون عهود الله منقوضة فلا تفرعون، و أنتم لبعض ذم آباءكم تفرعون، و ذمّية رسول الله صلى الله عليه و آله محقورة... كلّ ذلك ممّا أمركم الله به من النهي و التناهي و أنتم عنه غافلون، و أنتم أعظم الناس مصيبةً لما غلبتم عليه من منازل العلماء لو كنتم تشعرون، ذلك بأنّ مجارى الامور و الأحكام على أيدي العلماء بالله، الأمانة على حلاله و حرامه، فأنتم المسلوبون تلك المنزلة، و ما سلبتم ذلك إلّا بتفرّقكم عن

(١) كتاب البيع ٢: ٤٦٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٥٤

الحقّ،

الحديث» (١).

و مدلول الجملة الأخيرة هو ثبوت الولاية العامة؛ لأنّ الامور جمع محلىّ باللّام، فيستفاد منها العموم، و أنّ الامور التي من شأنها الجريان عن نظر الإمام مفوضة إلى العلماء، و منها: رعاية شؤون القاصرين في أموالهم و أنفسهم.

و أورد عليه المحقّق النائيني بأنّ قوله عليه السلام:

«مجارى الامور بيد العلماء»

الدالّ بإطلاقه على الولاية العامة «فمن المحتمل قريباً كون العلماء فيها هم الأئمة عليهم السلام- إلى أن قال: - فإنّ فيه قرائن تدلّ على

أن المراد من العلماء فيه: هم الأئمة عليهم السلام؛ فإنهم هم الامناء على حلال الله و حرامه «٢».

و قال المحقق العراقي: «و مثل هذا العنوان ربما كان مختصاً بالأئمة» «٣».

و تبعهما السيد الخوئي في ذلك «٤». و هكذا قال به أيضاً المحقق الايرواني «٥»، و المحقق الاصفهاني «٦». و قال الفاضل الغفاري: «يعنى به المعصومين عليهم السلام؛ لقوله عليه السلام:

نحن العلماء» «٧».

و لقد أجاد الإمام الخميني قدس سره في الجواب عنهم، حيث قال: «و أنت إذا تدبرت فيها صدرأ و ذيلأ ترى أن وجهه الكلام لا تختص بعصر دون عصر، و بمصر دون مصر، بل كلام صادر لضرب دستور كلى للعلماء قاطبةً في كل عصر، و مصر للحث على القيام بالأمر بالمعروف و النهي عن المنكر في مقابل

(١) تحف العقول: ٢٣٧-٢٣٨.

(٢) منية الطالب ٢: ٢٣٣-٢٣٤.

(٣) شرح تبصرة المتعلمين ٥: ٤١.

(٤) مصباح الفقاهة ٥: ٤٣.

(٥) حاشية المكاسب للايرواني: ١٥٦.

(٦) حاشية المكاسب للاصفهاني ٢: ٣٨٨.

(٧) ذكره في هامش تحف العقول: ٢٣٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٥٥

الظلمة، و تعبيرهم على تركهما طمعاً في الظلمة أو خوفاً منهم- إلى أن قال: - و العدول عن لفظ «الأئمة» إلى «العلماء بالله، الامناء على حلاله و حرامه» لعله لتعميم الحكم بالنسبة إلى جميع العلماء العدول الذين هم امناء الله على حلاله و حرامه، بل انطبق هذا العنوان على غير الأئمة أظهر؛ إذ توصيفهم عليهم السلام بذلك يحتاج إلى القرينة» «١».

نقول: و في الرواية قرائن قطعية دلّت على أنها صدرت خطاباً للعلماء، و فيها جمل لا- تكون مناسبة لمقام أهل البيت و الأئمة المعصومين عليهم السلام، مثل ما قال عليه السلام:

«أنتم أيتها العصابة عصابة بالعلم مشهورة، و بالخير مذكورة... و بالله في أنفس الناس مهابة... تشفعون في الحوائج».

هذه الجملات لا تكون خطاباً للناس كلهم؛ لأن كل الناس لا يكونون بالعلم مشهورين، و بالخير مذكورين، و هكذا.

و مثل ما قال عليه السلام:

«فأما حق الضعفاء فضيعتهم، و أما حقكم بزعمكم فطلبتهم... لقد خشيت عليكم أيها المتمنون على الله أن تحلّ بكم نعمة من نعماته... و أنتم أعظم الناس مصيبةً لما غلبتم عليه من منازل العلماء لو كنتم تشعرون»....

لا ريب في أن هذه الجمل تكون خطاباً للعلماء خاصّة، الذين لا يقومون بوظيفتهم من الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر و...

فإذا قال الإمام عليه السلام عقيب هذه الجملات:

«ذلك بأن معجاري الامور و الأحكام على أيدي العلماء بالله، الامناء على حلاله و حرامه»

لا يحتمل أن يكون المقصود منها الأئمة عليهم السلام، و هذا ظاهر لمن تدبر في هذه الرواية الشريفة.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٥٦

و الحاصل: أن الإمام عليه السلام قسّم العلماء على قسمين: قسم منهم لا يقومون بوظيفتهم فهم أعظم الناس مصيبةً، و قسم آخر قاموا على طريق الحقّ و هم الذين تكون مجارى الامور و الأحكام بأيديهم، و يكونون الامناء على حلال الله و حرامه. على هذا يمكن استفادة مرجعية الفقيه في الامور منها، كما أنه يستكشف ذلك من منع الإمام عليه السلام من التحاكم إلى قضاء العامة و إرجاع الشيعة إلى فقهاءنا، كما في مقبولة عمر بن حنظلة «١» و مشهورة أو صحيحة أبي خديجة «٢»؛ إذ من مثلهما ربما يستفاد كون الفقيه حاكماً في قبال حكّامهم، و أن له من الشأن ما لهم من الولاية على الامور.

إذن تستفاد الولاية المطلقة للفقهاء في عصر الغيبة من عموم التنزيل و إطلاقه، حيث إنّ الشارع قد جعل الفقيه الجامع للشرائط قاضياً و حاكماً كما في مقبولة عمر بن حنظلة و مشهورة أو صحيحة أبي خديجة؛ فإنّ مقتضى الإطلاق فيهما أن يترتب الآثار المرغوبة من القضاء و الحكم بأجمعهما على الرواة و الفقهاء، و من تلك الآثار تصديدهم لنصب القيم و الولي على القصير من الصغار و المجانين و غيرها.

و ذلك لأنه لا شبهة في أن القضاء المنصوبين من قبل العامة و الخلفاء كانوا يتصدون لتلك الوظائف، كما لا يخفى على من لاحظ أحوالهم و عرف سيرهم و سلوكهم، و يشهد لذلك صحيحة ابن بزيع المتقدمة؛ لأنها صريحة في أن القضاء كانوا يتصدون لنصب القيم، فإذن تدلّ الروايتان على أن المجتهد الجامع للشرائط قد جعل قاضياً في الشريعة، فتدلّان بإطلاقهما على أن الآثار الثابتة للقضاء و الحكم

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٩٩، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٤، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، ح ٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٥٧

بأجمعهما مترتبة على الفقيه؛ فإنّ ذلك مقتضى جعل المجتهد قاضياً في مقابل قضاتهم و حكّامهم.

فتحصّل من الأخبار المتقدمة و كذلك من روايات كثيرة أخرى أنّ الفقيه بيده مجارى الامور و هو المرجع في الحوادث، و الحجّة و الحاكم و القاضي من جانب الإمام عليه السلام و أمين الرسول و خليفته، و كافل الأيتام، و حصن الإسلام، و وارث الأنبياء و بمنزلتهم، فتبوت ولاية الفقهاء الجامعين للشرائط في أموال اليتامى قطعاً لا شبهة فيها.

قال الشهيد في مسألة وجوب دفع الزكاة إلى الإمام: «و كذا يجب دفعها إلى الفقيه الشرعي في حال الغيبة لو طلبها بنفسه أو وكيله؛ لأنّه نائب للإمام كالساعي بل أقوى» «١».

و بين صاحب الجواهر دليل أقوايته بقوله: «لنيابته عنه في جميع ما كان للإمام، و الساعي إنّما هو وكيل للإمام عليه السلام في عمل مخصوص - إلى أن قال: - إطلاق أدلّة حكومته - أي الفقيه - خصوصاً رواية النصب «٢» التي وردت عن صاحب الأمر عليه السلام - روى و أرواح العالمين له الفداء - يصيره من أولى الأمر الذين أوجب الله علينا طاعتهم. نعم، من المعلوم اختصاصه في كلّ ما له في الشرع مدخلية حكماً أو موضوعاً» «٣».

و قال السيّد السبزواري: «بعد سدّ الرجوع إلى أبواب حكم الجور و قضاتهم و الأخذ منهم، و عدم الميل إليهم بنحو شديد أكيد، مع عموم الابتلاء للاحتياج إلى ولاية الفقيه الجامع للشرائط، فهل يتصور أن يهمل الشارع هذه الجهة بالنسبة

(١) الروضة البهية ٢: ٥٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٠١، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، ح ٩.

(٣) جواهر الكلام ١٥: ٤٢٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٥٨

إلى أمته و يذره حيارى؟! فالتشكيك في ولاية الفقيه فيما تبسط يده بالنسبة إليها ممّا لا ينبغي» (١).

ثم إن الشيخ الأعظم و إن استشكل في ثبوت الولاية العامّة للفقيه في كتاب المكاسب، حيث قال: «و بالجملة: إقامة الدليل على وجوب طاعة الفقيه كالإمام عليه السلام إلّا ما خرج بالدليل دونه خرط القتاد» (٢).

و قال في موضع آخر: «و المسألة لا تخلو عن إشكال و إن كان الحكم به مشهورياً» (٣).

و لكن مال قدس سره في كتاب الزكاة إلى ثبوت النيابة العامّة للفقيه؛ حيث قال: «و لو طلبها الفقيه فمقتضى أدلة النيابة العامّة وجوب الدفع؛ لأنّ منعه ردّ عليه،

و الرادّ عليه رادّ على الله تعالى،

كما في مقبوله عمر بن حنظلة المتقدّمه. و لقوله عليه السلام في التوقيع الشريف الوارد في وجوب الرجوع في الوقائع الحادثه إلى رواة الأحاديث، قال:

فإنهم حجّتي عليكم و أنا حجّة الله» (٤)

. و قال أيضاً في كتاب الخمس: «و ربما أمكن القول بوجوب الدفع إلى المجتهد؛ نظراً إلى عموم نيابته، و كونه حجّة الإمام على الرعيّة و أميناً عنه و خليفة له، كما استفيد ذلك كلّ من الأخبار.

لكنّ الإنصاف: أنّ ظاهر تلك الأدلّة ولاية الفقيه عن الإمام عليه السلام على الامور العامّة» (٥)

(١) مهذب الأحكام ١: ١١٦.

(٢) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٥٣.

(٣) نفس المصدر ١٦: ٥٥٧.

(٤) كتاب الزكاة، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٠: ٣٥٦.

(٥) كتاب الخمس، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١١: ٣٣٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٥٩

جواز التصرف في أموال الصغار حسباً

ثمّ لو تنزلنا عن ذلك و قلنا: إنّ الأخبار المستدلّ بها على الولاية المطلقة للفقيه قاصرة السند أو الدلالة، كما قال به جماعة (١)، و لكن لأجل أنّ بعض الامور الراجعة إلى الولاية ممّا لا مناص أن تتحقّق في الخارج، و هي المعبر عنها بالامور الحسينية (٢)، كبيع مال اليتيم عند اقتضاء الضرورة له، أو تزويج الصغير أو الصغيرة مع اقتضاء المصلحة و غيرها؛ لأنّه علم من الشارع مطلوبيّة وجودها، و الجزم بعدم رضا الشارع بتركها، فلا بدّ من أن يتصدّى شخص لإقامة تلك الامور، هذا من ناحية.

و من ناحية أخرى: الأئمّة عليهم السلام منعوا الشيعة عن الرجوع إلى قضاء الجور مطلقاً، فيكون الفقيه الجامع للشرائط مرجعاً لهذه الامور؛ لأنّه القدر المتيقّن ممّن يحتمل له الولاية في تلك الامور (٣)؛ لعدم احتمال أن يرخص الشارع فيها لغير الفقيه، كما لا يحتمل أن يهملها، فمع التمكن من الرجوع إلى الفقيه لا يجوز الرجوع فيها إلى الغير.

بيان آخر: لا يجوز تعطيل تلك الامور أو تأخيرها؛ لاستلزامه تفويت مال الصغار أو الغائب، أو انتهاك عرضهم، و يكون الفقيه هو المرجع فيها؛ لأنّه القدر المتيقّن ممّن يحتمل أن يكون له الولاية في تلك الامور.

نعم، إذا لم يمكن الرجوع إليه في مورد يكون العدول من المؤمنين مرجعاً

(١) منية الطالب ٣: ٢٣٤-٢٣٧، شرح تبصرة المتعلمين كتاب القضاء ٥: ١٦، التنقيح في شرح العروة، كتاب الاجتهاد و التقليد: ٤١٩-٤٢٧، مصباح الفقيه ٥: ٤٩، حاشية المكاسب للايرواني: ١٥٦-١٥٧.

(٢) تقدّم ذكر معنى الحسبة و الدليل عليها في ولاية الحاكم على تزويج الصغار ج ١: ٦٨٧.

(٣) إذا جعلناها من الامور الحسبية يمكن أن يقال بأنّ الفقيه أولى بالتصرف من غيره، و الظاهر عدم وجود دليل على التعيين في هذا الفرض، فافهم. م ج ف.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٦٠

□

و يجوز لهم التصرف، و سندكر مبحثاً لبيان مسائلها قريباً إن شاء الله.

فتحصّل ممّا ذكرنا: أن إثبات الولاية للفقيه في الجملة في عصر الغيبة قطعيّ.

قال المحقّق النائيني: «و لا إشكال في ثبوت منصب القضاء و الإفتاء للفقيه في عصر الغيبة، و هكذا ما يكون من توابع القضاء، كأخذ المدعى به من المحكوم عليه، و حبس الغريم المماطل و التصرف في بعض الامور الحسبية، كحفظ مال الغائب و الصغير و نحو ذلك» (١).

و قال المحقّق العراقي: «و يجوز التصرف المزبور بشرط المصلحة من الحاكم و أمينه عند عدم الأب و الجدّ أو من هو بمنزلةهما؛ نظراً إلى كون مثل هذا الشأن من وظائف قضاء الجور الثابتة لقضائنا؛ لظهور المقبولة المعروفة علاوة عن تحقّق مقدمات الحسبة في بعض المقامات؛ للجزم بعدم رضا الشارع بتلف المال، و لا بدّية كون حفظه بنظر الرئيس، فيكون للفقيه قدر متيقّن في هذا المقدار، بل و مع عدمه ربما تنتهي النوبة إلى عدول المؤمنين؛ للنصّ بعدم البأس مع قيام العدل في مورد» (٢)، و تبعهما في ذلك السيّد المحقّق الخوئي (٣) و الحكيم (٤).

ثمّ لو قلنا بثبوت تصدّي الحاكم من باب الحسبة، فلا بدّ من الاقتصار فيها على القدر المتيقّن، و لا يستفاد منها أنّ للفقيه ولاية مطلقة في عصر الغيبة، كالولاية الثابتة للنبي صلى الله عليه و آله و الأئمة عليهم السلام حتّى يتمكّن من التصرف في غير مورد الضرورة و عدم مساس الحاجة إلى وقوعها، و لو عبرنا عنه بالولاية فهي ولاية جزئية تثبت في مورد خاصّ؛ أعني الامور الحسبية التي لا بدّ من تحقّقها في الخارج، و لذا قال

(١) منية الطالب ٢: ٢٣٢.

(٢) شرح تبصرة المتعلمين ٥: ٤٠.

(٣) التنقيح في شرح العروة الوثقى ١: ٤٢٣.

(٤) مستمسك العروة الوثقى ١: ١٠٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٦١

المحقّق العراقي: «و لكنّ المقدار الثابت في ذلك هي التصرفات المقتضية لحفظ مال اليتيم عن التلف، و إلّا ففي دلالتها على جواز نقلها لمحض الأنفعيّة إشكال» (١).

ولاية الحاكم على أموال الصبي عند فقهاء أهل السنة

إنهم قالوا: ولّى الصغير فى باب الأموال أبوه، ثم من بعد موته يكون الولّى من أوصى به الأب، ثم من بعد موت وصّى الأب يكون الولّى من أوصى به وصّى الأب، ثم من بعد هؤلاء الثلاثة يكون الولّى الجدّ لأب و إن علا، ثم وصّى الجدّ، ثم وصّى الجدّ، ثم الوالى؛ و هو الذى يليه تقليد القضاء، ثم القاضى أو وصيه الذى يقيمه، فأيهما يتصرّف تصحّ تصرّفاته «٢».

ب- الشافعيّة

قال القفال: «ثبت الولاية فى مال الصغير و المجنون للأب ثم الجدّ، فإن عدما فالسلطان» «٣»، و فى المجموع شرح المهذب: «و للناظر فى مال الصبى أن يتجر فى ماله؛ سواء كان الناظر أباً أو جدّاً أو وصياً أو سلطاناً أو أميناً من قبل الحاكم» «٤».

و جاء فى المهذب للشيرازى: «و ينظر فى ماله الأب ثم الجدّ ... و إن لم يكن وصّى نظر السلطان؛ لأنّ الولاية من جهة القرابة قد سقطت، فثبتت للسلطان» «٥»

(١) شرح تبصرة المتعلّمين ٥: ٤٠.

(٢) حاشية ردّ المحتار ٦: ١٧٤ مع اختلاف يسير، الفقه على المذاهب الأربعة ٢: ٣٥٤، تبين الحقائق ٥: ٢٢٠.

(٣) حلية العلماء ٤: ٥٢٥.

(٤) المجموع شرح المهذب ١٤: ١٢٤.

(٥) المهذب فى فقه الشافعى ١: ٣٢٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٦٢

ج- المالكيّة

قالوا: ولّى الصبى أبوه ثم الوصى و إن تسلسل، و عند فقدهما فالحاكم؛ أى يأتى بعد الأب وصيه و إن تسلسل؛ بأن أوصى الوصى غيره، ثم أوصى ذلك آخر و هلم جرّاً، ثم بعد فقدهما ... الحاكم أو من يقوم مقامه كالقاضى «١».

د- مذهب الحنابلة

فقد جاء فى المغنى لابن قدامة: «و لا- ينظر فى مال الصبى و المجنون ما دام فى الحجر إلّا الأب أو وصيه بعده، أو الحاكم عند عدمهما» «٢».

و كذا فى شرح الكبير «٣» و كشف القناع «٤» و الإقناع «٥» و الإنصاف «٦» و الكافى فى فقه أحمد «٧»

(١) تبين المسالك ٣: ٥٢٥، مواهب الجليل و التاج و الإكليل ٦: ٦٤٩-٦٥٥، حاشية الخرشى ٦: ٢٣٤ و ما بعدها، الشرح الكبير، المطبوع فى حاشية الدسوقى للدردير ٣: ٢٩٩-٣٠٠ و الشرح الصغير، المطبوع مع بلغة السالك ٣: ٢٤٦.

(٢) المغنى ٤: ٥٢٦.

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة ٤: ٥١٨.

(٤) كشاف القناع ٣: ٥٢١.

(٥) الإقناع ٢: ٢٢٣.

(٦) الإنصاف ٥: ٣٢٣-٣٢٤.

(٧) الكافى فى فقه الإمام أحمد ٢: ١٠٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٦٣

المبحث الثانى: اعتبار المصلحة فى تصرّفات الحاكم و أمينه

إشارة

هل يشترط أن يكون تصرف الحاكم في مال اليتيم مقرونًا بالمصلحة و الغبطة، أو بالأصلح، أو يكفى عدم المفسدة فقط، أو لا يشترط شيء من ذلك؟

فيه أقوال:

إشارة

الأول: اعتبار المصلحة فقط.

الثاني: اعتبار الأصلحية.

الثالث: عدم اعتبار المصلحة.

اعتبار المصلحة في تصرفات الحاكم

إشارة

الظاهر من كلمات الفقهاء، بل الإجماع منهم على أن تصرفات الحاكم في أموال الغيب و القصر و المجانين منوطة بالغبطة و المصلحة، و لا يجوز أن تكون على غير وجه النظر و المصلحة، فضلًا عما إذا كان فيه المفسدة و الضرر.

قال الشيخ في المبسوط: «من يلي أمر الصغير و المجنون خمسة: الأب و الجد، و وصي الأب أو الجد، و الإمام أو من يأمره الإمام».

ثم قال: «فكل هؤلاء الخمسة لا يصح تصرفهم إلا على وجه الاحتياط، و الحظ للصغير المولى عليه؛ لأنهم إنما نصبوا لذلك، فإذا تصرف على وجه لا حظ له فيه كان باطلاً؛ لأنه خالف ما نصب له» (١).

(١) المبسوط للطوسي ٢: ٢٠٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٦٤

و كذا في موضع آخر منه «١»، و يمثل ذلك في النهاية «٢»، و به قال ابن حمزة «٣» و في السرائر: الولي نصب لمصالح اليتيم و استيفاء حقوقه. ثم قال: لا يجوز له - أي للولي مثل الأب و الجد و الوصي و الحاكم - التصرف إلا فيما فيه مصلحة لهم «٤».

و به قال الكيدري «٥» و يحيى بن سعيد الحلبي «٦». و جاء في التذكرة للعلامة:

«الضابط في تصرف المتولي لأموال اليتامى و المجانين اعتبار الغبطة، و كون التصرف على وجه النظر و المصلحة، فللولي أن يتجر بمال اليتيم و يضارب به، و يدفعه إلى من يضارب له به و يجعل له نصيباً من الربح، و يستحب له ذلك؛ سواء كان الولي أباً، أو جدًّا له، أو وصيًا، أو حاكمًا أو أمين حاكم» «٧».

و استظهر في مفتاح الكرامة من عبارة التذكرة نفى الخلاف في ذلك بين المسلمين «٨».

و في المبسوط «٩» و الشرائع «١٠» و الإرشاد «١١» و غيرها «١٢»: أنه يجوز لولي الطفل أخذ الرهن له إذا باع ماله نسيئته، أو أقرض ماله إذا كان له فيه الحظ.

- (١) نفس المصدر: ١٦٢.
 - (٢) النهاية للطوسى: ٣٦١.
 - (٣) الوسيلة: ٢٧٩ - ٢٨٠.
 - (٤) السرائر ٢: ٢١٣.
 - (٥) إصباح الشيعة: ٢٩٦.
 - (٦) الجامع للشرائع: ٢٨١.
 - (٧) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٠، الطبعة الحجرية.
 - (٨) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٠.
 - (٩) المبسوط للطوسى ٢: ٢٠٠ - ٢٠١.
 - (١٠) شرائع الإسلام ٢: ٧٨ - ٧٩.
 - (١١) إرشاد الأذهان ١: ٣٩٢.
 - (١٢) مختلف الشيعة ٥: ٦٦ و ٣: ١٣٤.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٦٥

و كذلك يجوز لولى الطفل رهن ماله إذا ألجأته الحاجة إلى الاستدانة له مع مراعاة المصلحة فى ذلك. و مثله ما فى الدروس «١» و اللمعة «٢» و الروضة «٣» و الكفاية «٤» من أنه يجوز للولى أخذ الرهن لليتيم إذا باع ماله نسيئة، أو خاف على المال من غرق أو حرق أو نهب، و كذلك رهن ماله إذا استقرض لليتيم بحسب المصلحة. و المتحصل من مجموع كلماتهم و ما يقتضيه اصول المذهب: أنه يجوز لولى الطفل مطلق التصرفات فى مال اليتيم مع كمال الاحتياط بمراعاة المصلحة. و به قال جمع من متأخري المتأخرين «٥» و بعض أعلام المعاصرين «٦».

أدلة هذا الحكم

إشارة

و يمكن الاستدلال لاعتبار المصلحة فى تصرف الحاكم بامور:

الأول: الآيات:-

منها: عموم قوله - تعالى -: (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ) «٧» * بالتقريب المتقدم فى أدلة اعتبار المصلحة فى تصرفات الأب و الجد

(١) الدروس الشرعية ٣: ٣١٨.

(٢) اللمعة الدمشقية: ٨٠.

(٣) الروضة البهية ٤: ٧٣ - ٧٤.

(٤) كفاية الأحكام: ١٠٨.

(٥) شرح تبصرة المتعلمين ٥: ٤٠، عوائد الأيام: ٥٦٠، كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٧٣- ٥٨٠، منية الطالب ٢: ٢٤٣.

(٦) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٥٢٦ و ما بعدها، مصباح الفقاهة ٥: ٧٩ و ما بعدها.

(٧) سورة الأنعام ٦: ١٥٢؛ سورة الإسراء ١٧: ٣٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٦٦

فلا نعيده.

و منها: قوله- تعالى:- (وَ يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ) «١». قال الشيخ في التبيان: «المخالطة مجامعة يتعدّر معها التمييز، كمخالطة الخلل للماء، و الماء للماء و ما أشبه ذلك- إلى أن قال: - و معنى الآية الإذن لهم فيما كانوا متحرّجين منه من مخالطة الأيتام في الأموال من المأكل و المشرب و المسكن و نحو ذلك، فأذن الله لهم في ذلك إذا تحرّروا الإصلاح بالتوفيق على الأيتام» «٢».

و في المجمع: «قال ابن عباس لما أنزل الله: (وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ) * الآية، و (إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا) انطلق كل من كان عنده يتيم فعزل طعامه من طعامه، و شرابه من شرابه، و اشتد ذلك عليهم فسألوا عنه، فنزلت هذه الآية، و لا بد من إضمار في الكلام؛ لأنّ السؤال لم يقع عن أشخاص اليتامى و لا ورد الجواب عنها، فالمعنى يسألونك عن القيام على اليتامى و التصرف في أموال اليتامى قل يا محمّد (إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ) يعنى إصلاح لأموالهم من غير اجرة، و لا أخذ عوض منهم خير و أعظم أجراً (وَ إِنْ تُخَالِطُوهُمْ) أى تشابكوهم في أموالهم و تخلطوها بأموالكم فتصيبوا من أموالهم عوضاً عن قيامكم بأمورهم...

(وَ اللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ) معناه و الله يعلم من كان غرضه من مخالطة اليتامى إفساد مالهم أو إصلاح مالهم» «٣».

و قال الجصاص في أحكام القرآن بعد قوله- تعالى:- (قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ):

«فيه الدلالة على جواز خلط ماله بماله، و جواز التصرف فيه بالبيع و الشراء

(١) سورة البقرة ٢: ٢٢٠.

(٢) تفسير التبيان ٢: ٢١٥.

(٣) مجمع البيان ٢: ٨٣- ٨٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٦٧

إذا كان ذلك صلاحاً- إلى أن قال: - إنّما عنى بالمضمين من قوله (وَ يَسْئَلُونَكَ) القوام على الأيتام الكافلين لهم» «١».

و قال بعض آخر: «دلّت هذه الآية على جواز التصرف في أموال اليتامى على وجه الإصلاح» «٢».

و الحاصل: أنّ الآية تدلّ على جواز التصرف في أموال الصغار و غيرها ممّا يتعلّق بهم إذا كان على وجه المصلحة.

الثانى: النصوص:-

منها: صحيحه ابن رئاب المتقدمه عن أبى الحسن موسى عليه السلام قال فيها:

«إن كان لهم ولّى يقوم بأمرهم و باع عليهم و نظر لهم».

الحديث «٣».

لأنّ معنى النظر لهم ملاحظه نفعهم و مصلحتهم، و كذلك مفهوم الشرط فى قوله عليه السلام:

«لا بأس إذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم»

يدلّ على ثبوت البأس الذى هو العذاب إذا لم يكن البيع فيما يصلحهم، ولا فرق بين أن يكون «فيما يصلحهم»

متعلّقاً «بباع» و «صنع» أو أن يكون متعلّقاً «بالناظر»؛

لأنّ المفهوم يتبع المنطوق فى جميع القيود المعتبرة فيه، و إنّما التفاوت بينهما بالسلب و الإيجاب، و يكفى فى انتفاء الحكم انتفاء أحد القيود المأخوذة فى المنطوق. و السرّ فى ذلك: أنّ المفهوم تابع للمنطوق موضوعاً و محمولاً و نسبةً، إلّا أنّ المنطوق قضيه موجبه أو سالبه و المفهوم عكس ذلك «٤»

(١) أحكام القرآن للجصاص ١: ٤٥٢.

(٢) شرح تفسير آيات الأحكام لمحمد على السائس ١: ١٢٦.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٤ الباب ٨٨ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٤) فوائد الاصول ٢: ٤٨٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٦٨

فلا وجه لما ذكره الفاضل النراقى رحمه الله من الإشكال على الاستدلال بالرواية و الجواب عنه «١».

و لقد أجاد الإمام الخمينى رحمه الله فى مقام الاستدلال بالرواية، حيث قال:

«ضرورة ظهور عناية واضحة فى ذلك بتكراره فى قوله عليه السلام: باع عليهم و نظر لهم.

الظاهر فى مراعاة صلاحهم، و فى قوله عليه السلام:

القيّم لهم الناظر فيما يصلحهم.

الظاهر فى أنّ القيمومة لا- تكفى للصحة و النفوذ، بل لا- بدّ منها و من مراعاة المصلحة، و يظهر منه أنّ القيم موظّف بالنظر فيما يصلحهم» «٢».

ثمّ إنّ هذه الصحيحة تشمل من عدا الأب و وصيه من سائر الأولياء، كالفقيه و القيم من قبله أو عدول المؤمنين.

و منها: حسنه

عبد الله بن يحيى الكاهلى قال: قيل لأبى عبد الله عليه السلام: إنّنا ندخل على أخ لنا فى بيت أيتام و معه خادم لهم؛ فنقعد على بساطهم و نشرب من مائهم و يخدمنا خادمهم، و ربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا و فيه من طعامهم، فما ترى فى ذلك؟ فقال

«إن كان فى دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس، و إن كان فيه ضرر فلا» و قال عليه السلام: (بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ) «٣». فأنتم لا يخفى عليكم، و قد قال الله- عزّ و جلّ-: (وَاللَّهُ يَغْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ) «٤» «٥».

و الظاهر أنّ السؤال عن جواز الدخول فى بيت اليتيم و التصرف فى ماله، فأجاب عليه السلام بأنّ المجوز للدخول و التصرف فى أموالهم هو كونه منفعه لهم، كما لو كان

(١) عوائد الأيام: ٥٦١.

(٢) كتاب البيع ٢: ٥٣٤.

(٣) سورة القيامة ٧٥: ١٤.

(٤) سورة البقرة ٢: ٢٢٠.

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٣ الباب ٧١ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٦٩

فى دخوله جلب أنظار المحسنين إلى الأيتام، أو كان معه شخص من أهل الإحسان يريد جلب نظره إليهم، أو يدخل عليهم الشخص المتشخص بحيث يوجب ذلك عدم جراءة الناس عليهم، أو دخل داره و أراد إهداء هدية نافلة لهم عرفاً أو غير ذلك.

و الحاصل: أن من أراد الدخول فى بيت اليتيم و التصرف فى ماله إن كان فى دخوله منفعة لليتيم جاز، و إلا فلا.

و ليست الرواية سؤالاً و جواباً ناظرة إلى عوض التصرفات فضلاً عن عوض المثل، و لا ناظرة إلى الضمان فيما أتلّف أو تصرف فيه، بل هى ناظرة إلى المنافع الغالبة المترتبة على الدخول فى بيت اليتيم، و لعل ذلك لمراعاة حال الأيتام و الكفيل لهم و الواردين على الكفيل؛ فإن فى المنع مطلقاً ضيقاً على الكفيل و الواردين عليه، و فى التجوز مطلقاً تصرفاً فى مال الأيتام بلا وجه و ضرراً عليهم، فأجاز الشارع الأقدس الدخول فى بيتهم بشرط كونه منفعة لهم، بحيث يقال عرفاً: إن دخول فلان كان بنفع اليتيم «١».

و ممّا ذكرنا يظهر أنه لا وجه لما ذكره الشيخ الأعظم من «أن المراد من منفعة الدخول ما يوازى عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضرر فى الدليل أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازى ذلك» «٢».

و تبعه فى ذلك المحقق الاصفهاني، حيث قال «الغرض من الرواية أنه إن كان لدخولكم و قعودكم و أكلكم ما يصل إلى اليتيم - لا أنه لا يتعقبه شيء - فلا بأس، و إن لم يتعقبه شيء كان ضرراً محضاً فلا يجوز، كما أنه إذا لم يتعقبه ما يوازىه بل أقل

(١) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٥٣٤-٥٣٥ مع تصرف.

(٢) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٧٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٧٠

منه كان بالإضافة إلى ما بقى ضرراً» «١».

و بالجملة: لا- وجه لما ذكرهما؛ لأنه كما تقدّم آنفاً ليست الرواية فى مقام بيان الضمان فيما أتلّف أو تصرف فيه، و أنه لا تكون المنفعة عوض هذه التصرفات فضلاً على عوض المثل، بل الرواية ناظرة إلى المنفعة المترتبة على الدخول فى بيت الأيتام، و أن قوله عليه السلام:

«إن كان فى دخولكم منفعة عليهم»

إنما هو لمراعاة حال اليتيم و حصول النفع له.

و لا- شبهة فى أن من أتلّف من مال اليتيم عشرة دنانير، ثم عقب ذلك بإهداء دينار له لا يقال عند العرف: إن فى دخوله على اليتيم منفعة له، و كذا لو عقبه بمثل ذلك فى أمثال المقام لا بدّ من الرجوع إلى العرف، لا التحليلات العقلية الموجبة للخروج عن فهم الأخبار.

و الحاصل: أن عموم الرواية تشمل الفقيه و القيم من قبله كما هو ظاهر.

توهم التعارض و الجواب عنه

ثم إنه ربما يتوهم أن بين مفهومي صدر الرواية و ذيلها تعارضاً- كما نقله الشيخ الأعظم عن بعض معاصريه- و أن الصدر دالّ على إناطة الجواز بالنفع، و الذيل دالّ على إناطة الحرمة بالضرر، فيتعارضان فى مورد يكون التصرف غير نافع و لا مضر «٢».

فمقتضى مفهوم الجملة الشرطية الاولى:

«إن كان فى دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس»

أنه لا يجوز مع عدم المنفعة و لو لم يكن ضرر، و مقتضى مفهوم الجملة

(١) الحاشية على المكاسب للاصفهاني ٢: ٤٣٠.

(٢) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٧٧-٥٧٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٧١

الشرطية الثانية:

و إن كان فيه ضرر فلا»

أنه يجوز مع عدم الضرر و إن لم تكن منفعة.

و أجاب عنه ب «أن المراد من المنفعة ما يوازي عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضرر في الذيل: أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازي ذلك، فلا تنافي بين الصدر و الذيل» (١) حيث أراد قدس سره أن يدخل ما لا نفع فيه و لا ضرر في قسم ما يوازي و مشمولاً للمنفعة.

و بهذا فسّر كلام الشيخ رحمه الله المحقق الاصفهاني قدس سره، لكنّه قال بعد هذا التفسير:

«لا تنافي بين صدر الرواية و ذيلها؛ لكون الشرطية في كلّ منهما مسوقةً على ما هو الغالب من حصول الضرر أو النفع من دخول بيت اليتيم، لندرة الموازة و المساواة بين ما يتلف عن مال اليتيم بالأكل و ما يؤدى بإزائه، فحينئذ لا معارضة بينهما» (٢).

و استشكل عليه المحقق الحائري:

أولاً: بأنّه مخالف لما أراد الشيخ الأعظم قدس سره، و هو بصدد تفسير كلامه و توضيح مراده؛ لأنّه- على ما فسّره هو قدس سره- يلزم أن تكون الرواية ساكنة عن الفرض المزبور، و مراد الشيخ على ما صرح به أنه يشمل صدر الرواية لهذا الفرض. و ثانياً: أن ما ذكره المحقق الاصفهاني من كون ندره فرض الموازة موجباً لخروجه عن كلتا الشرطيتين، ففيه؛ أن ندره الوجود إن صار بمثابة يوجب انصراف لفظ المنفعة إلى غيره، كان ما ذكره تاماً، و لكن من المعلوم عدم كونه كذلك..».

(١) نفس المصدر، مع تصرف.

(٢) الحاشية على المكاسب للاصفهاني ٢: ٤٣٠ مع تصرف.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٧٢

ثم قال: «الحق في رفع هذا التعارض أن يُقال: المتفاهم عرفاً من أمثال هذه القضايا أن الأصل هو ما ابتدأ به المتكلم في صدر الكلام، و ما عقبه في الذكر (الذيل ظ)» (١) بمثابة التفرع على الجملة الاولى مقتصرأ على بعض الأفراد لنكتة، إمّا لكونه أخفى، أو الاهتمام بذكره، أو غير ذلك» (٢) انتهى كلامه.

و لقد أجاد فيما أفاد قدس سره: فالمستفاد من الرواية أن وجود النفع ملاك الجواز، و ذكر الضرر في طرف الحرمة لكونه أعلى الأفراد.

و أجاب عنه الإمام الخميني بما يقرب ذلك، حيث قال: «و ممّا ذكرناه من أن كلامه عليه السلام سيق لمراعاة حال الأيتام، يظهر عدم التنافي بين مفهومي الشرطيتين؛ فإن القرينة في المقام قائمة على أن المراد من النفع أمر زائد على ما أتلف على اليتيم زيادة يقال معها عرفاً: إن في دخوله منفعة، فعلى هذا يكون الميزان الشرطية الاولى و مفهومها، فذكر الثانية بيان مصداق من المفهوم، و لعل ما ذكر جارٍ في غير المقام أيضاً، فتحمل الشرطية الثانية على بيان مصداق من مفهوم الاولى في جميع الموارد إلّا في ما دلّ الدليل على خلافه، و لو لم يسلم في سائر المقامات ففي المقام لا بدّ من تسليمه، لقيام القرينة عليه» (٣).

فرعان

الأول: أن هذه الإجازة للدخول في بيت الأيتام مختصة بمثل مورد الرواية من الدخول على من تكفل الأيتام و اختلط بهم، كما ورد في الروايات «٤» الواردة

(١) جاء في المصدر: «في الذكر» و لكن الظاهر «في الذيل» صحيح.

(٢) كتاب البيع للأراكي ٢: ٤٣-٤٤.

(٣) كتاب البيع ٢: ٥٣٦.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٨ الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٧٣

في تفسير قوله - تعالى - : (وَإِنْ تَخَالَطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ) «١».

فأجاز الشارع الأقدس للكفيل الاختلاط بالأيتام في الأكل و الشرب و نحوهما، و أجاز للداخل على الكفيل الاختلاط بهم مع حصول النفع لهم. و أمّا إجازة الدخول لغير هذا المورد فمشكل «٢».

الثاني: لا يصح إلحاق التصرفات الاعتبارية و المعاملية بالتصرفات الخارجية الواردة في صحيحة الكاهلي، بدعوى الأولوية.

بتقريب: أنه لو جاز التصرف الذي هو لا تتفاد المتصرف دون اليتيم بمجرد عدم الضرر و المفسدة، لجاز معه التصرف الراجع إلى اليتيم بالأولوية، حيث إنه ليس فيه إلا تحمّل كلفة اليتيم كما ذهب إليه المحقق الاصفهاني «٣»؛ فإنه مضافاً إلى أن تلك الأولويات الظنية على فرضها لا يعتمد عليها في الفقه، دعوى الأولوية غير تامة، و إلحاق المشابهة بالمشابهة قياس باطل، أشار إلى الفرعين الإمام الخميني رحمه الله «٤».

و منها: رواية

على بن المغيرة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن لي ابنة أخ يتيمة فربما أهدى لها الشيء فأكل منه ثم أطمعها بعد ذلك الشيء من مالي فأقول: يا رب هذا بذا، فقال عليه السلام: «لا بأس» «٥».

لأنّ الغالب كون التصرف في الطعام المهدى إليها و إعطاء العوض بعد ذلك أصح؛ إذ الظاهر من الطعام المهدى إليها هو المطبوخ و شبهه ممّا لا يمكن حفظه

(١) سورة البقرة ٢: ٢٢٠.

(٢) و هذا خلاف ما يستفاد من إطلاق بعض الروايات السابقة، كحسنة عبد الله بن يحيى الكاهلي، فراجع. م ج ف.

(٣) حاشية المحقق الاصفهاني على المكاسب ٢: ٤٣١.

(٤) كتاب البيع ٢: ٥٣٦-٥٣٧.

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٤ الباب ٧١ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٧٤

في مدّة طويلة سيّما في مثل ذلك الزمان.

و بالجملة: مورد هذه الرواية أيضاً غير المعاملات و التصرفات الاعتبارية.

و منها:

ما روى فى الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام أنه قال: «لأيسر القبيلة- و هو فقيهاها و عالمها- أن يتصرف لليتيم فى ماله فيما يراه حظاً و صلاحاً، و ليس عليه خسران و لا ربح، و الربح و الخسران لليتيم و عليه، و بالله التوفيق» (١).

و يشعر بذلك أيضاً ما نقل

□
على بن إبراهيم فى تفسيره عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«لما نزلت (إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَ سَيَصِيلُونَ سَعِيرًا) (٢) أخرج كل من كان عنده يتيم، و سألوا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى إخراجهم، فأنزل الله: (وَ يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَ إِن تَخَالَطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَ اللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ)»

«٣» (٤). و هكذا

□
ما ذكره العياشى فى تفسيره عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن قول الله فى اليتامى: (وَ إِن تَخَالَطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ) قال: «يكون لهم التمر و اللبن، و يكون لك مثله على قدر ما يكفيك و يكفيهم، و لا يخفى على الله المفسد من المصلح» (٥).
□
الأمر الثالث: أن الحكمة فى جعل الولاية على اليتيم ليس إلّا جلب المنفعة للطفل و رعايته مصالحه و استيفاء حقوقه (٦) و دفع الضرر عنه، و إلّا

(١) الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام: ٣٣٣.

(٢) سورة النساء ٤: ١٠.

(٣) سورة البقرة ٢: ٢٢٠.

(٤) (٤-٥) و سائل الشيعة ١٢: ١٨٩ الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به ح ٥، و ٣.

(٥) السرائر ٢: ٢١٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٧٥

تكون لغواً.

قال الشهيد رحمه الله: «هل يجب على الولي مراعاة المصلحة فى مال المولى عليه، أو يكتفى بنفى المفسدة؟ يحتتمل الأول؛ لأنه منصوب لها» (١).

وفيه: أنه أول المسألة، و لو سلم ذلك فلا مجال للنزاع (٢).

الأمر الرابع: دعوى الإجماع من غير واحد، قال فى التذكرة: «الضابط فى تصرف المتولى لأموال اليتامى و المجانين اعتبار الغبطة، و كون التصرف على وجه النظر و المصلحة».

فلولئى أن يتجر بمال اليتيم و يضارب به، و يدفعه إلى من يضارب له به و يجعل له نصيباً من الربح ... و لا نعلم فيه خلافاً إلّا ما روى عن الحسن البصرى كراهة ذلك» (٣).

و استظهر فى مفتاح الكرامة منه الإجماع تبعاً لشيخه فى الحاشية على القواعد (٤)، حيث قال: «و ظاهره أنه مميّلا- خلاف فيه بين المسلمين، و أنه لا فرق فى ذلك بين الأب و الجد، و الوصي، و الحاكم و أمينه» (٥).

وفى موضع آخر: «و هذا الحكم إجماعى على الظاهر» (٦).

و قال الشيخ الأعظم فى مقام قبول هذا الإجماع: «و ليس ببعيد» (٧).

(١) القواعد و الفوائد ١: ٣٥٢ القاعدة ١٣٣.

(٢) جامع الشتات ٢: ٤٥٦، حاشية المكاسب للايروانى: ١٦١.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٠، الطبعة الحجرية.

(٤) حاشية القواعد لكاشف الغطاء (مخطوط) الورقة ٧١ ذيل قول العلامة: «مع المصلحة للمولى عليه، وفيه: و ظاهرهم الإجماع على ذلك» نقلًا عن هامش كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٩.

(٥) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٠.

(٦) نفس المصدر ٤: ٢١٧.

(٧) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٧٦

و حكاها أيضاً المحقق الاصفهاني «١» و السيد الخوئي «٢».

الأمر الخامس: الأصل، قال الشهيد رحمه الله: «لأصالة بقاء الملك على حاله» «٣».

و به قال في نضد القواعد «٤».

و قال الشيخ الأعظم: «و يدلّ عليه ... أصالة عدم الولاية لأحدٍ على أحدٍ» «٥».

و فى نهج الفقاهة: «المشهور المدعى عليه الإجماع ظاهراً أو صريحاً فى كلام غير واحد، اعتبار المصلحة فى التصرف فى مال اليتيم و إن كان المتصرف أباً أو جدّاً، فهل يعتبر ذلك فى تصرف الحاكم أو العدل أو الثقة، أو يكفى عدم المفسدة؟ مقتضى الأصل الأوّل» «٦».

و قال المحقق الحائرى رحمه الله: و إن قلنا بأنّ الثابت- فى المقام- هو الولاية، فالمرجع- عند الشكّ فى تحقّق الشرط- أصالة عدم الولاية. لا- يقال: إنّ هذا الأصل محكوم بإطلاق (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) و نحوه- لأننا نعلم بأنّ إطلاق (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) و شبهه قد قيد بطيب نفس المالك أو من يقوم مقامه، و الشكّ فى ولاية هذا المتصدى عند عدم مراعاة المصلحة، فاستصحاب عدم ولايته منقح للموضوع، و هو مقدّم على أصالة العموم أو الإطلاق «٧». و به قال الإمام الخمينى رحمه الله «٨»

(١) حاشية كتاب المكاسب للاصفهاني ٢: ٤٢٩.

(٢) مصباح الفقاهة ٥: ٧٥.

(٣) القواعد و الفوائد ١: ٣٥٢ القاعدة ٣٣.

(٤) نضد القواعد: ٣٧٨.

(٥) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٧٤.

(٦) نهج الفقاهة: ٣٠٩.

(٧) كتاب البيع للأراكي ٢: ٣٧.

(٨) كتاب البيع ٢: ٥٢٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٧٧

نقول: لا شكّ فى جريان هذا الأصل، و لكنّه ليس دليلاً لاعتبار المصلحة؛ لكونه مثبتاً إلّا أن يقال بخفاء الوسطة.

اعتبار الأصلية فى تصرفات الحاكم

القول الثاني: وجوب مراعاة الأصلح و عدم الاكتفاء بالمصلحة.

قال الشهيد: «هل يتحرى الأصلح، أو يكتفى بمطلق المصلحة؟ فيه وجهان:

نعم، لمثل ما قلناه» «١»؛ أى يجب تحرى الأصلح لمثل ما تقدّم فى وجوب مراعاة المصلحة من الوجوه الثلاثة».

قال المحقق الاصفهاني فى تقريبه: «إنّ ترك الأصلح و اختيار ما فيه المصلحة، ترك رعاية المصلحة الزائدة العائدة إلى اليتيم بلا وجه، مع أنّه منصوب لرعاية حاله و إصلاح ماله. و أنّه مع الشكّ فى نفوذ ما فيه المصلحة مع إمكان لزوم البيع بما هو أصلح، فالأصل عدم نفوذه.

و أنّ اختيار ما فيه المصلحة مع تساويه مع الأصلح فى أصل طبيعته المصلحة ليس إلّا لأجل فقدده للزيادة، و العدم لا يعقل أن يكون غاية للوجودى، بخلاف اختيار الأصلح؛ فإنّه معمول للمصلحة الزائدة التى هى أمر وجودى» «٢».

و فى جميع هذه الوجوه إشكال؛ لأنّ جعل الولاية للحاكم لرعاية المصلحة فى معاملاته الواردة على مال اليتيم أوّل الكلام، فلعله منصوب لحفظ ماله «٣» لا لتحصيل المنفعة، كما أشار إليه المحقق القمى «٤». و تبعه فى ذلك

(١) القواعد و الفوائد ١: ٣٥٢ قاعدة ١٣٣، ضد القواعد: ٣٧٨ - ٣٧٩.

(٢) الحاشية على المكاسب للاصفهانى ٢: ٤٣٣ - ٤٣٤.

(٣) هذا الفرض لعله خارج عن محلّ الكلام؛ فإنّه فى فرض التصرف قد وقع النزاع فى الاشتراط، فتدبر. م ج ف.

(٤) جامع الشتات ٢: ٤٥٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٧٨

المحقق الاصفهانى «١».

و أمّا أصالة عدم نفوذه؛ فإنّها مسلمة، إلّا أنّها ليست دليلاً على اعتبار الأصلح كما هو ظاهر؛ لأنّها بالنسبة إليه مثبتة.

و أمّا عدم وقوع العدميات غاية للوجودى؛ فإنّه و إن كان كذلك، إلّا أنّه لا يجب أن تكون غاية الأمر الوجودى راجعة إلى المولى عليه دائماً، فلعلّها تكون راجعة إلى الولّى، كسهولة حفظ المال و غيره.

فهذه الوجوه التى ذكرها الشهيد رحمه الله لمراعاة الأصلح لا تخلو عن إشكال «٢» بل منع، و القول بوجوب مراعاة الأصلح فى تصرف الولّى لا دليل عليه أوّلاً.

و ثانياً: أنّه ممّا لا يتناهى فى بعض الأوقات كما أشار إليه الشهيد رحمه الله «٣» و المحقق القمى «٤»؛ لأنّ الأصلح لا آخر له، و كلّ تصرف يفرض كونه صلاحاً يمكن أن يكون تصرف آخر أصلح و أحسن منه، أشار إليه فى الجواهر، حيث قال: «لو قلنا بوجوب مراعاة الأصلح التى لا- أصلح منها يقتضى ذلك تعطيل مال الطفل؛ إذ ما من حسن إلّا و هناك أحسن منه، و غاية ما يعتبر فى تصرف الولّى أن يكون مقروناً بالصلاح و الحسن بما يعدّه أهل العرف مصلحة لليتيم» «٥».

و قال الشيخ الأعظم رحمه الله: «الظاهر أنّ فعل الأصلح فى مقابل ترك التصرف رأساً غير لازم؛ لعدم الدليل عليه» «٦»

(١) حاشية المكاسب، للمحقق الاصفهانى ٢: ٤٣٣.

(٢) حاشية المكاسب للمحقق الاصفهانى ٢: ٤٣٤ مع زيادة و تصرف.

(٣) القواعد و الفوائد ١: ٣٥٢.

(٤) جامع الشتات ٢: ٤٥٧.

(٥) جواهر الكلام ٢٥: ١٦١ مع تصرف يسير.

(٦) كتاب المكاسب ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٧٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٧٩

مضافاً إلى أن حسنة الكاهلي و خبر ابن المغيرة المتقدمين «١» تدلّان على عدم لزوم مراعاة الأصلح؛ لأنّ قوله عليه السلام في حسنة الكاهلي:

«إن كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس»

يدلّ بإطلاقه على اعتبار المصلحة و المنفعة، لا على اعتبار الأنفعيّة و الأصلحيّة.

و كذلك قوله عليه السلام:

«لا بأس»

في خبر ابن المغيرة، فترك الاستفصال عن زيادة العوض يدلّ على عدم اعتبارها، فمقتضى إطلاق الخبرين عدم لزوم مراعاة الأصلح، و كذا صحيحة منصور بن حازم «٢»؛ فإنّ مقتضاها جواز استقراض الوليّ من مال اليتيم بلا اعتبار الأصلحيّة، و مثلها معتبرة البنظي «٣»... و كذا روايات جواز مخالطة اليتيم التي لم تشترط فيها الأصلحيّة «٤».

و مع ذلك كلّ قال الشهيد قدس سره: «لو ظهر في الحال الأصلح و المصلحة لم يجز العدول عن الأصلح» «٥». و به قال أيضاً المحقّق الحائري «٦» و السيّد الحكيم «٧».

و قال الشيخ الأعظم: «إذا دار الأمر بين أفعالٍ بعضها أصلح من بعض فظاهر الآية عدم جواز العدول عنه» «٨».

و استشكله أيضاً في الجواهر، حيث قال: «إنّ في الاكتفاء بالفرد الأدنى مع تيسر الفرد الأعلى مطلقاً إشكالاً، إن لم يكن منعاً» «٩»

(١) في ص ٣٦٤ و ٣٦٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٢ الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

(٣) نفس المصدر، ح ٢.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٨ الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به.

(٥) القواعد و الفوائد ١: ٣٥٢ القاعدة ١٣٣.

(٦) كتاب البيع للأراكي ٢: ٤٠.

(٧) نهج الفقاهة: ٣١٢-٣١٣.

شيرازي، قدرت الله انصاري و پژوهشگران مركز فقهی ائمه اطهار عليهم ا، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ٤ جلد، مركز فقهی ائمه

اطهار عليهم السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٩ ه ق موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها؛ ج ٢، ص: ٢٧٩

(٨) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٨٠.

(٩) جواهر الكلام ٢٥: ١٦١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٨٠

نقول: و ما قالوا وجيه؛ لأنّ الاحتياط حسن في كلّ حال، إلّا أنّه لا دليل عليه وجوباً كما أثبتناه.

عدم اعتبار المصلحة في تصرفات الحاكم

إشارة

القول الثالث: أنه لا يجب على الحاكم رعاية المصلحة في تصرفاته في أموال الصغار، و هكذا رعاية الأصلح، بل يكتفى بمجرد عدم المفسدة.

جاء في مصباح الفقاهة: «ربما قيل: إنَّ المناطق عدم الضرر فقط و إن لم يكن فيه نفع» (١).

و قال الشيخ الأعظم: «نعم، ربما يظهر من بعض الروايات أنَّ مناطق حرمة التصرف هو الضرر، لا أنَّ مناطق الجواز هو النفع» (٢). و تردّد فيه في الجواهر في باب التجارة، حيث قال: «بل لا يمكن استقصاء أفراد ولاية الحاكم و أمينه؛ لأنَّ التحقيق عمومها في كلّ ما احتيج فيه إلى ولاية في مال أو غيره؛ إذ هو وليّ من لا وليّ له، و لهما تولية طرفي العقد في الاقتراض و غيره من التصرفات التي فيها المصلحة أو لا مفسدة فيها» (٣).

و لكنّه قدس سره اختار في غيره اعتبار المصلحة.

أدلة هذا القول

و يمكن أن يستدلّ لهذا القول بروايات:

منها: حسنة الكاهلي المتقدمة (٤)؛ و استظهر منها الشيخ الأعظم قدس سره «أنَّ المراد

(١) مصباح الفقاهة ٥: ٧٩.

(٢) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٧٧.

(٣) جواهر الكلام ٢٢: ٣٣٤.

(٤) في ص ٢٦٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٨١

من منفعة الدخول ما يوازي عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضرر في الدليل أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازي ذلك» (١). و تقدّم ما فيه من الإشكال و لا نعيده.

و منها: رواية علي بن المغيرة المتقدمة (٢)؛ فإنّ فيها:

فأقول: يا ربّ هذا بذّا فقال عليه السلام: «لا بأس».

و قد ظهر جوابها أيضاً ممّا تقدّم.

و أيضاً أنّ الغالب كون التصرف في الطعام المهدى إلى اليتيم و إعطاء العوض بعد ذلك أصلح؛ إذ الظاهر من الطعام المهدى إليها هو المطبوخ و شبهه.

و ربما يتوهم أنّ روايات باب جواز الاختلاط (٣) بأموال الأيتام تدلّ على عدم اعتبار المصلحة، بل يكتفى بمجرد عدم المفسدة؛ لأنّ المراد بالمصلح عدم المفسد، لكنّه توهم غير وجيه؛ لأنّ نفس كون الأيتام في بيوت من يكفلهم - مختلطين بهم غير ممتازين في المأكل و المشرب عنهم و عن أطفالهم بحيث لا- يمسوا ألم اليتيم - مصلحة، بل مصالح كثيرة ربما ترجّح على المصالح المادية، فإجازة الاختلاط و الأكل في مأدبة واحدة كالإخوان و الآباء و الأولاد إجازة لأمر ذي مصلحة و منفعة، فلا وجه لتوهم أنّ هذه الأخبار تدلّ على عدم اعتبار المصلحة و المنفعة، كما أشار إليه الإمام الخميني قدس سره (٤).

اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة على أنه يشترط أن يكون تصرف الحاكم

(١) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٧٧.

(٢) فى ص ٢٦٩.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٨، الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به.

(٤) كتاب البيع ٢: ٥٣٧-٥٣٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٨٢

فى مال اليتيم مقروناً بالمصلحة و الاحتياط، فنذكر شرطاً من كلماتهم:

أ- الشافعية

قال فى المهذب: «و لا يتصرف الناظر فى ماله إلا على النظر و الاحتياط، و لا يتصرف إلا فيما فيه حظ و اغتباط، فأما ما لا حظ فيه كالعق و الهبة و المحاباة فلا يملكه؛ لقوله- تعالى:- (وَ لَّا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) «١»،* و لقوله صلى الله عليه و آله و سلم:

لا ضرر و لا ضرار

«٢». و فى هذه التصرفات إضرار بالصبي، فوجب أن لا يملكه، و يجوز أن يتجر فى ماله؛

لما روى ... أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال: من ولى يتيماً له مال فليتجر له بماله و لا يتركه حتى تأكله الصدقة» «٣»

«٤». و جاء فى شرحه: «فالناظر هو الحافظ، و النظر هو الحفظ، و هو مأخوذ من النظر الذى هو التأمل و التفكير فى أمر التدبير، أو من الشفقة» «... ٥».

ب- المالكية

قال فى عقد الجواهر الثمينة: «و لا يتصرف الولي إلا على ما يقتضيه حسن النظر» «٦».

و كذا فى المدونة الكبرى «٧».

ج- الحنابلة

فقد جاء فى الكافي فى فقه أحمد: «و ليس لوليته التصرف فى ماله بما لا حظ له

(١) سورة الأنعام ٦: ١٥٢؛ سورة الإسراء ١٧: ٢٤.

(٢) تقدم فى ص ٢١٨.

(٣) سنن الدارقطني ٢: ٩٥ ح ١٩٥١، سنن الترمذي ٣: ٣٢ ح ٦٤٠.

(٤) المهذب فى فقه الشافعي ١: ٣٢٨.

(٥) المجموع شرح المهذب ١٤: ١٢٣.

(٦) عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦٣٠.

(٧) المدونة الكبرى ٥: ٢٨٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٨٣

فيه، كالعق و الهبة و التبرعات» «١».

ثم استدلل بالآية و الرواية المتقدمتان اللتان استدلل بهما فى المهذب.

و فى الإنصاف: «و لا يجوز لوليها- أى ولي الصبى و المجنون- أن يتصرف فى مالهما إلا على وجه الحظ لهما» (٢).

د- الحنفية

إنهم قالوا أيضاً باشتراط رعاية المصلحة فى تصرفات الولي، سواء كان الولي أباً أو جدّاً أو وصياً أو حاكماً، كما جاء فى بعض كتبهم

(٣)

(١) الكافي فى فقه الإمام أحمد ٢: ١٠٧.

(٢) الإنصاف ٥: ٣٢٥.

(٣) بدائع الصنائع ٤: ٣٥١، رد المحتار ٦: ١٧٧، الشرح الكبير لابن قدامة ٤: ٥١٩، الفقه على المذاهب الأربعة ٢: ٣٥٧ و ما بعده.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٨٤

المبحث الثالث: ولاية القضاة

تمهيد

بحثنا فى ما سبق عن ولاية الحاكم من حيث إنه فقيه جامع للشرائط الذى له شئون مختلفة، و من جملتها الولاية على أموال الغيب و القصر و المجانين، و الآن نبحث عن ولاية القضاة من جهة أنهم منصوبون من قبل الحاكم، و يمكن فرضهم فقهاء أيضاً مع كونهم واجدين لبعض الشرائط لا الكل، مثل أن يكونوا مجتهدين فى باب القضاء فقط، أو لا يكونوا أعلم على نحو الإطلاق الذى هو شرط للمرجعية فى الفتوى.

على هذا تتفاوت الولاية فىهما و إن كان دليل إثباتهما واحداً، و كذا شرائطهما، و لأجل هذا عنون الفقهاء مبحث الولاية هذا فى بابين: فى باب ولاية الفقيه، و باب القضاء معاً، و نحن نتبع آثارهم، فنقول:

الظاهر أنه لا خلاف بين الفقهاء فى أن للقاضى أيضاً ولاية على أموال الغيب و القصر و السفهاء و المجانين، و قد صرح بعضهم بذلك.

قال الشهيد فى المسالك: «و مبدؤه- أى القضاء- الرئاسة العامة فى أمور الدين و الدنيا ... و له ولاية على كل مولى عليه مع فقد وليه، و مع وجوده فى مواضع يأتى بعضها إن شاء الله...» (١).

و بمثل ذلك قال فى الرياض (٢) و الجواهر (٣)

(١) مسالك الأفهام ١٣: ٣٢٥-٣٢٦.

(٢) رياض المسائل ٩: ٢٣٣.

(٣) جواهر الكلام ٤٠: ١٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٨٥

و يستفاد ذلك أيضاً من كلماتهم فى تعريف القضاء، فقد عرّفه الشهيد رحمه الله فى الدروس: «بأنه ولاية شرعية على الحكم فى المصالح العامة من قبل الإمام» (١) و قال به أيضاً المحقق الآشتياني رحمه الله (٢).

و يستفاد هذا أيضاً من كلماتهم فى بيان وظائف القاضى، بتعبير آخر: قد بينوا للقاضى شئناً مختلفاً، و منها: - التى لا خلاف فيها-

الولاية على أموال الغيب و القصر و... .

قال الشيخ فى مبحث نظارة القاضى فى أمر الأطفال و الأوصياء:

«وإنما قلنا: يقدم النظر فى أمر الأطفال و المجانين؛ لأن هؤلاء لا يعتبرون عن نفوسهم و لا يمكنهم المطالبة بحقوقهم... و كان النظر فى أمر من لا يمكنه المطالبة بحقه أولى» «... ٣».

و فى الشرائع: «ثم يسأل- أى القاضى- عن الأوصياء على الأيتام، و يعتمد معهم ما يجب من تضمين أو إنفاذ أو إسقاط ولاية، إما لبلوغ اليتيم، أو لظهور خيانه، أو ضمّ مشارك إن ظهر من الوصى عجز.

ثم ينظر فى امناء الحاكم الحافظين لأموال الأيتام الذين يليهم الحاكم» «٤».

و فى القواعد: «ثم بعد ذلك ينظر- القاضى- فى الأوصياء و أموال الأطفال و المجانين، و يعتمد معهم ما يجب من تضمين أو إنفاذ أو إسقاط ولاية، إما لبلوغ و رشيد، أو ظهور خيانه، أو ضمّ مشارك إن ظهر عجز، ثم ينظر فى امناء الحكم الحافظين لأموال الأيتام و المجانين» «... ٥»

(١) الدروس الشرعية ٢: ٦٥.

(٢) كتاب القضاء: ٢.

(٣) المبسوط للطوسى ٨: ٩٥.

(٤) شرائع الإسلام ٤: ٧٣.

(٥) قواعد الأحكام ٣: ٤٢٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٨٦

و هكذا قال أيضاً فى إرشاد الأذهان «١» و الدروس «٢» و المسالك «٣» و مجمع الفائدة «٤» و الجواهر «٥» و الرياض «٦».

و جاء فى كتاب القضاء للشيخ ضياء الدين العراقى:

«قال الفقهاء رضوان الله عليهم: من مسئولية مقام القضاء، القيام بالحكم بين الناس و فصل خصوماتهم، و تعقيب المجرمين... و هكذا النظر فى القسمة و نصب القيم على الأوقاف العامة و الأيتام و القصر» «... ٧» و شبه هذا فى موضع آخر ٨.

و قال الشيخ الأعظم الأنصارى: «و منه يظهر كون الفقيه مرجعاً فى الامور العامية، مثل الموقوفات و أموال اليتامى و المجانين و الغيب؛ لأن هذا كله من وظيفة القاضى عرفاً» «٩».

و به صرح أيضاً فقهاء العصر «١٠». قال فى تحرير الوسيلة: «لو رَفَعَ الطفل المميز ظلامته إلى القاضى، فإن كان له ولي أحضره ل طرح الدعوى، و إلمأ فأحضر المدعى عليه ولاية أو نصب قيماً له، أو وكل وكيلاً فى الدعوى أو تكفل بنفسه» «١١» و به قال فى تفصيل الشريعة «١٢»

(١) إرشاد الأذهان ٢: ١٣٩.

(٢) الدروس الشرعية ٢: ٧١.

(٣) مسالك الافهام ١٣: ٣٧٠-٣٧١.

(٤) مجمع الفائدة و البرهان ١٢: ٣٦-٣٧.

(٥) جواهر الكلام ٤٠: ٧٥.

(٦) رياض المسائل ٩: ٢٥٤.

(٧) (٧-٨) كتاب القضاء للشيخ ضياء الدين العراقي: ٢٤٠ و ١٨.

(٩) القضاء و الشهادات، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٢: ٤٩.

(١٠) التنقيح في شرح العروة الوثقى، الاجتهاد و التقليد ١: ٤٢٠، كتاب القضاء للسيد الكلبايگانی ١: ١٤٨.

(١١) تحرير الوسيلة ٢: ٣٩٠ في شروط سماع الدعوى مسألة ١.

(١٢) تفصيل الشريعة، القضاء و الشهادات: ٧٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٨٧

فالمتحصّل ممّا ذكرنا من كلماتهم بطوله أنّه لا خلاف بينهم على أنّ من شئون القضاء للقاضي الولاية على أموال القصير و الأيتام الذين لم يجعل الأب أو الجدّ لهم وصيّاً، أو جعلاً- و مات، أو ثبت عدم توثيقه و ائتمانه في حفظ الأموال، فإذا كان كذلك جاز للقاضي التصرف في أموال الأيتام بالحفظ و البيع و الشراء و الإجارة و الرهن، و غير ذلك ممّا فيه حظّ للأيتام و مصلحة لهم و لأموالهم، بالمباشرة أو بالتوكيل.

أدلة ولاية القضاء على أموال الصغار

تدلّ على هذه الولاية امورٌ، و قبل بيانها نذكر مقدّمة، فنقول:

١- شكّ في أنّ القضاء من مناصب النبيّ و أوصيائه عليهم السلام «١»، و يشترط في جوازه عن غيرهم إذنه في ذلك صريحاً أو بالعموم، و هذا حكمٌ مسلمٌ إجماعى، بل هو من ضروريّات الفقه.

قال الشيخ في النهاية: «و أمّا الحكم بين الناس و القضاء بين المختلفين، فلا يجوز أيضاً إلّا لمن أذن له سلطان الحقّ في ذلك، و قد فوّضوا ذلك إلى فقهاء شيعتهم في حالٍ لا يتمكّنون فيه من تولّيه بنفوسهم» «... ٢».

و في الشرائع: «يشترط في ثبوت الولاية إذن الإمام عليه السلام أو من فوّض إليه الإمام» «٣». و كذا في المسالك «٤»، و صرح في الرياض بأنّه لا يجوز لأحدٍ التصرف فيه إلّا بإذنه- أى الإمام- قطعاً «٥»

(١) كتاب القضاء للمحقّق الآشتياني: ٣.

(٢) النهاية: ٣٠١.

(٣) شرائع الإسلام ٤: ٦٨.

(٤) مسالك الأفهام ١٣: ٣٣١.

(٥) رياض المسائل ٩: ٢٤٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٨٨

و قال المحقّق الأردبيلي في المقام: «أمّا اشتراط إذن الإمام، أو إذن من نصبه مع إمكانه، فكأنّه إجماعى» «١».

و الظاهر أنّ مستنده مثل رواية □

سليمان بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«أتقوا الحكومة؛ فإنّ الحكومة إمّا هي للإمام العالم بالقضاء، العادل في المسلمين، لنبيّ (كنبيّ خ ل) أو وصيّ نبيّ» «٢».

و كذا في الجواهر، و أضاف بأنّه «لا خلاف عندنا، بل الإجماع بقسميه عليه» «٣». و به قال الشيخ الأعظم الأنصاري في كتاب القضاء

«٤» و الشيخ ضياء الدين العراقي «٥» و السيد الكلبايگانی «٦». و كذا في تحرير الوسيلة «٧» و شرحها «٨».

و بعد هذا نقول: إذا كانت ولاية الحاكم و القاضي على القضاء مشروطة بإذن الإمام عليه السلام أو من نصبه، ففي زمان الحضور

مؤدى الولاية و توسعتها أو تضييقها تابعة لإذنتهم عليهم السلام صريحاً و بنحو خاص؛ يعنى إن كان الإذن دلّ على جواز تصرفهم فى أموال الأيتام و الغيب و ... فيتبع، كما أجاز أمير المؤمنين عليه السلام ذلك فى عهده إلى مالك الأشتر عليه الرحمة، و إلّا فلا، و هذا لا كلام فيه.

و أمّا فى زمان الغيبة، فلأجل أنّ الفقهاء الجامعين للشرائط كانوا مأذونين من قبل الأئمة عليهم السلام للقضاة بطريق العام، فدائرة ولايتهم - و من جملتها الولاية

(١) مجمع الفائدة و البرهان ١٢: ١٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٧ الباب ٣ من أبواب صفات القاضى، ح ٣.

(٣) جواهر الكلام ٤٠: ٢٣.

(٤) كتاب القضاء و الشهادات، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٢: ٤٥.

(٥) كتاب القضاء: ٢٣٦.

(٦) كتاب القضاء: ٥٣.

(٧) تحرير الوسيلة ٢: ٣٨٤.

(٨) تفصيل الشريعة، كتاب القضاء و الشهادات: ١٦ و ما بعدها.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٨٩

على أموال الصغار - تابعة لما استفدنا من الإذن العام الذى دلّت عليه الروايات الواردة فى المقام. و بالجملة: فالمتبع ما يظهر من دليل النصب، و كذا تدلّ عليها دلائل اخرى أيضاً نذكرها على الترتيب التالى:

منها: الرواية المتقدمة التى اشتهرت بمقبولة

ابن حنظلة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة فى دَيْنٍ أو ميراث فتحاكما إلى السلطان و إلى القضاة أيجل ذلك؟

قال: من تحاكم إليهم فى حقّ أو باطل فإنما تحاكم إلى الطاغوت ... و قد أمر الله أن يكفر به، قال الله - تعالى -: (يُرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ) «١» قلت: فكيف يصنعان؟ قال: ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا، فليرضوا به حكماً؛ فإنى قد جعلته عليكم حاكماً، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخفّ بحكم الله، و علينا ردّ، و الرادّ علينا الرادّ على الله «٢».

و منها: مشهورة أبى خديجة المتقدمة أيضاً

عن الصادق عليه السلام قال: «إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، و لكن انظروا إلى رجلٍ منكم يعلم شيئاً من قضايانا (قضائنا خ ل) فاجعلوه بينكم؛ فإنى قد جعلته قاضياً، فتحاكموا إليه» «٣».

و دلالتهما على ما كنّا فى طريق إثباته - أى ولاية القضاة على أموال القصير و الغيب - واضحة لا ستره عليها، حيث إن المتبادر عرفاً من لفظ الحاكم هو

(١) سورة النساء ٤: ٦٠.

(٢) الكافي ١: ٦٧ باب اختلاف الحديث ح ١٠، و وسائل الشيعة ١٨: ٩٨ الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، ح ١. إلّا أنّه جاء فيه و ما أمر الله أن يكفر به.

(٣) نفس المصدر ١٨: ٤ الباب ١ من أبواب صفات القاضى، ح ٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٩٠

المتسلط على الإطلاق، فهو نظير قول السلطان لأهل بلدة: جعلت فلاناً حاكماً عليكم، حيث يفهم منه تسلطه على الرعية في جميع ما له دخل في أوامر السلطان جزئياً أو كلياً، و منها جواز التصرف في أموال الصغار، و يؤيده العدول عن لفظ الحكم إلى الحاكم مع أن الأنسب بالسياق حيث قال «فليرضوا به حكماً» أن يقول: فإني قد جعلته عليكم حكماً.

و كذا المتبادر من لفظ القاضى عرفاً من يرجع إليه و ينفذ حكمه و إلزامه في جميع الحوادث الشرعية، كما هو معلوم من حال القضاء، سيما الموجودين في أعصار الأئمة عليهم السلام من قضاء الجور «١».

بتعبير آخر حيث إن عمل القاضى في تلك الأعصار لم يكن منحصراً في القضاء و فصل الخصومات فقط، بل كان هو المرجع أيضاً في الامور الحسينية التي لا مناص عن إجرائها، التي منها حفظ أموال اليتامى و التصرف فيها على نحو المصلحة، و لا يجوز إهمالها و ليس لها مسئول خاص، و كذلك المتعارف في أعصارنا أيضاً كما تراه، فيستكشف من إرجاع الإمام عليه السلام الشيعة إلى القضاء المنصوبين من قبلهم أو من قبل من نصبهم، ثبوت ولايتهم فيها، بل يجب عليهم القيام بتلك الامور؛ لأنه بعد أن سد الإمام عليه السلام باب الرجوع إلى أبواب حكم الجور و قضائهم و الأخذ منهم بنحو شديد أكيد مع عموم الابتلاء، فهل يتصور أن يهمل هذه الجهة بالنسبة إلى الشيعة و يذرهم حيارى؟ هذا لا يتفوه به عاقل، و هو أدل دليل على إثبات ولاية القضاء في تلك الامور، و هو المطلوب.

جاء في كتاب القضاء للشيخ ضياء الدين العراقي قدس سره:

«قال الفقهاء رضوان الله عليهم: من مسئولية مقام القضاء القيام بالحكم بين

(١) القضاء و الشهادات، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٢: ٤٨-٤٩ مع تصرف يسير.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٩١

الناس - إلى أن قال: - و نصب القيم على الأوقاف العامة و الأيتام و القصير ... و ما شاكل من الامور العامة، كل ذلك بدليل قيام القضاء بها أيام حكومة الجور، قياماً كان من شأنهم القيام بها حسب أنظار المتشرعة من المسلمين، و حيث نهينا عن مراجعتهم في هذه الشئون؛ لأنه رجوع إلى الطاغوت، و امرنا بالرجوع فيها إلى فقهاءنا الأبرار، كان اللأزم بدلالة الالتزام هو الرجوع إليهم في كافة الشئون المذكورة، و بالتالى فلقضاء العدل تولى هذه الشئون جميعاً «١».

و منها: صحيحة ابن بزيع «٢» المتقدمة أيضاً، بالتقريب الذى استفدنا من المقبولة و المشهورة، و حاصله: أن النهى عن مراجعة أولئك فى هذه الشئون يستدعى جواز الرجوع فيها جميعاً إلى قضاء العدل، فهي وظيفتهم و يجب عليهم القيام بها.

و منها: خبر

إسماعيل بن سعد الأشعري، قال: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يموت بغير وصية و له ولد صغار و كبار، أ يحل شراء شئ من خدمه و متاعه من غير أن يتولى القاضى بيع ذلك؟ فإن تولاه قاض قد تراضوا به و لم يستعمله الخليفة، أ يطيب الشراء منه، أم لا؟

فقال: «إذا كان الأكبر من ولده معه فى البيع فلا بأس إذا رضى الورثة بالبيع و قام عدل فى ذلك» «٣».

يظهر من هذا الخبر أن التصدى لأمور الصغار فى تلك الأعصار كان من شئون القضاء، و يدل على ولايتهم أيضاً إن كان المراد بقوله عليه السلام:

«و قام عدل»

هو العدل من القضاء، و أمّا إن كان المقصود منه مطلق العدل، فيدل عليها أيضاً بالأولوية.

(١) شرح تبصرة المتعلمين، كتاب القضاء: ٢٤٠.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع و شروطه، ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٢٦٩ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع و شروطه، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٩٢

و تدلّ عليها أيضاً أدلة الحسبة التي ذكرناها دليلاً على ولاية الحاكم بالتقريب المتقدم.

ولاية القضاء على أموال الأيتام عند فقهاء أهل السنة

اتفق فقهاء أهل السنة على أنه إذا لم يكن للصغير ولي من الأب و الجدّ و الوصيّ لهما، كان للقضاء المنصوبين من قبل الحاكم ولاية على أموال القصر و الغيب و المجانين و السفهاء، فنذكر شرطاً من كلماتهم:

أ- الحنابلة

قال الماوردي في الأحكام السلطانية: «و لا تخلو ولاية القاضي من عموم أو خصوص، فإن كانت ولايته عامة مطلقاً التصرف في جميع ما تضمنته فنظره مشتمل على عشرة أحكام... الثالث: ثبوت الولاية على من كان ممنوع التصرف بجنون أو صغر، و الحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس حفظاً للأموال على مستحقيها». و به قال القاضي أبو يعلى أيضاً «١». و كذا في غيره «٢».

ب- المالكية

فقد جاء في تبيين المسالك: «ثم بعد فقدهما- أي فقد الأب و الوصي- يأتي الحاكم أو من يقوم مقامه كالقاضي» «٣».

ج- الشافعية

جاء في المنهاج: «وليّ الصبيّ أبوه ثمّ جدّه، ثمّ وصيّهما، ثمّ القاضي» «٤»

(١) الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى ١: ٧٠، و للماوردي ٢: ٦٦.

(٢) الإنصاف ٥: ٣٢٣-٣٢٤، كشف القناع ٣: ٥٢١، الإقناع ٢: ٢٢٣.

(٣) تبيين المسالك ٣: ٥٢٥ نقلًا عن الشرح الصغير.

(٤) منهاج الطالبين ٢: ١٢٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٩٣

و أضاف في شرحه الخطيب الشربيني: «أو أمينه «١» لخبر،

السلطان وليّ من لا وليّ له» «٢»

. و مثل هذا في نهاية المحتاج «٣» و أسنى المطالب «٤» و المجموع شرح المهذب «٥» و غيرها «٦».

د- الحنفية

قالوا: أولى الأولياء بالولاية المالية على الصغار الأب، ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم الجدّ الصحيح- أبو الأب- و إن علا، ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم القاضي، ثم من نصبه القاضي و هو وصي القاضي «٧». و قريب من هذا في حاشية رد المحتار «٨» و أحكام الصغار

«٩» و البحر الرائق «١٠» و غيرها «١١».

يشترط فى نفوذ تصرفات القاضى فى اموال العيب و القصير رعايه الاحتياط، و ان يكون التصرف مصلحه لهم، فلا يجوز لهم الاقدام على امر

- (١) معنى المحتاج ٢: ١٧٣.
 - (٢) مسند أحمد بن حنبل ١: ٥٤ ح ٢٢٦٠، سنن أبى داود ٢: ٣٩٢ ذ ح ٢٠٨٣، سنن الترمذى ٣: ٤٠٨ ذ ح ١١٠٣.
 - (٣) نهايه المحتاج ٤: ٣٧٤.
 - (٤) أسنى المطالب ٢: ٢١١ و ٢١٤.
 - (٥) المجموع شرح المهذب ١٤: ١٢١.
 - (٦) الفقه على المذاهب الأربعة ٢: ٣٥٦.
 - (٧) المفصل فى أحكام المرأة و البيت المسلم ١٠: ٣١٧.
 - (٨) حاشية رد المحتار ٦: ١٧٤.
 - (٩) أحكام الصغار: ٤٢-٤٣ و ١٩٢.
 - (١٠) تكملة البحر الرائق ٨: ١٤٣.
 - (١١) بدائع الصنائع ٤: ٣٤٩ و ٣٥٣.
- موسوعه أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٩٤
- يكون ضرراً عليهم أو مفسدة لهم، أو لم يكن فيه لهم مصلحة، و يدل على لزومها ما ذكرنا فى البحث عن اشتراط تصرفات الحاكم بها أيضاً، فلا نعيده حفظاً للاختصار.
- موسوعه أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٩٥

المبحث الرابع: ولاية عدول المؤمنين

إشارة

هل يكون لعدول المؤمنين ولاية على أموال الصغار أم لا؟

فيه أقوال:

الأول: ثبوت الولاية لهم.

إشارة

الثانى: عدم ثبوتها.

الثالث: التردد فيها.

المشهور بين الفقهاء بل الظاهر أنه لا خلاف بينهم فى ثبوت ولاية عدول المؤمنين على أموال الأيتام عند فقد الأولياء من الأب و الجد و الوصى لهما، و الحاكم و أمينه، و إن اختلفت تعبيراتهم فى من له هذه الولاية، فعبر بعضهم بالمؤمنين على نحو الإطلاق.

قال الشيخ في النهاية: «فإن لم يكن السلطان الذى يتولّى ذلك أو يأمر به، جاز لبعض المؤمنين أن ينظر في ذلك من قبل نفسه، و يستعمل فيه الأمانة و يؤدّبها من غير إضرارٍ بالورثة، و يكون ما يفعله صحيحاً ماضياً» (١).
و بمثل ذلك قال العلامة في المختلف (٢). و القاضى ابن البرّاج فى المهذب (٣) و الشيخ الأعظم فى المكاسب (٤). و هو الظاهر أيضاً من كلام الشهيد فى القواعد (٥).
و بعض آخر عبّر بالمؤمنين الثقات: قال فى الشرائع: «و كذا لو مات إنسان

(١) النهاية: ٦٠٨.

(٢) مختلف الشيعة ٦: ٣٥٧-٣٥٩.

(٣) المهذب ٢: ١١٨.

(٤) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٦١.

(٥) القواعد و الفوائد ١: ٤٠٦ قاعدة ١٤٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٩٦

و لا- وصّى له، كان للحاكم النظر فى تركته، و لو لم يكن هناك حاكم جاز أن يتولّاه من المؤمنين من يوثق به» (١). و هكذا فى المسالك (٢) و مجمع الفائدة (٣) و الجواهر (٤).
و عبّر ثالث بصلحاء المؤمنين:

كما قال فى الجامع للشرائع: «فإن مات ذو الأطفال و لم يوص تولّاهم الحاكم، فإن تعذّر فبعض صلحاء المؤمنين» (٥).

و عبّر رابع بالعدول من المؤمنين:

كما قال فى الدروس: «و لو فقد الحاكم أو تعذّر مراجعته جاز لآحاد المؤمنين العدول التصرف بما فيه صلاح؛ لأنه من باب التعاون على البرّ و التقوى، و لشمول ولاية الإيمان» (٦) و كذا فى جامع الشتات (٧) و بلغة الفقيه (٨) و الرياض (٩) و جامع المقاصد (١٠) و البيع للإمام الخمينى (١١) و مصباح الفقاهة (١٢) و تفصيل الشريعة (١٣).
و عبّر خامس بالعدل الموثق:

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

(٢) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٥.

(٣) مجمع الفائدة و البرهان ٩: ٢٣٢.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.

(٥) الجامع للشرائع: ٤٩٢.

(٦) الدروس الشرعية ٢: ٣٢٩.

(٧) جامع الشتات ٤: ٢٣٤.

(٨) بلغة الفقيه ٣: ٢٩٠.

(٩) رياض المسائل ٦: ٢٩٣.

(١٠) جامع المقاصد ١١: ٢٦٦.

(١١) البيع ٢: ٥٠١.

(١٢) مصباح الفقاهة ٥: ٦٢.

(١٣) تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٢٩٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٩٧

كما فى الحدائق؛ فإنه عبّر فى أوّل كلامه فى بيان طرح المسألة بالعدول من المؤمنين، و لكن بعد ذكر أخبار الباب و الاستدلال بها على مختاره قال: «و بالجملة فإنّ الروايات المذكورة ظاهرة فى جواز قيام العدل الثقة بذلك، و أنّه بهذه الأخبار مأذون فى الدخول؛ سواء وجد الإمام أم لا، و لا يبعد القول بجواز تولية ذلك أيضاً مع وجود الفقيه الجامع للشرائط و إن كان ظاهر الأصحاب خلاف ذلك» (١).

و سادس عبّر بالموثوق فقط:

كما هو المستفاد من كلام المحقق الاصفهاني فى حاشيته «٢» على مكاسب الشيخ الأعظم رحمه الله، و المحقق الخوانسارى فى جامع المدارك «٣».

و حيث إنّه لا- تفاوت بين العادل الموثوق و المؤمن العادل؛ لأجل أنّ غير المؤمن فاسق «٤» قطعاً، فمن عبّر فى المقام بالعدل الثقة مقصوده هو المؤمن العادل، و كذا المقصود من صلحاء المؤمنين هم العدول من المؤمنين؛ لأنّ الفاسق ليس بعادل. و ليس مقصود من عبّر بالمؤمنين صرف من كان على اعتقاد حقّ و إن كان غير موثوق فى عمله و قوله، و ظهر منه الفسق، بل المقصود من المؤمنين هم العدول و الثقات قطعاً و إن لم يذكر فى بعض الكلمات صفة العدالة أو الثقة. و بما أنّ العدل كان أخصّ مفهوماً من الثقة كما يستفاد من كلام بعضهم «٥»

(١) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٨٩ و ٥٩٢.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ٢: ٤٠٨.

(٣) جامع المدارك ٤: ٩٢.

(٤) هذا الأمر و إن كان صحيحاً بحسب الكبرى الكلية، إلّا أنّ انطباقها على المقام غير معلوم، فبملاحظة الأدلة السابقة و أيضاً الحكمة الموجودة فى تولّى امور الأيتام، لا يبعد أن يقال: إنّه لا فرق بين المؤمن بحسب اصطلاحنا و غير المؤمن، و على هذا لا يصحّ أن يقال إنّ غير المؤمن فاسق قطعاً، و إلّا فلا معنى لقيام الفساق من المؤمنين مقام العدول، فتدبر. م ج ف.

(٥) مجمع الفائدة و البرهان ٩: ٢٣٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٩٨

فيمكن أن نلخص كلماتهم فى المقام فى قولين:

١- ولاية المؤمنين العدول.

٢- ولاية المؤمنين الثقات.

و قبل بيان أدلّة إثبات ولاية المؤمن العادل فى المقام يلزم أن نذكر أمرين:

الأوّل: أنّه يستثنى من موضع الخلاف ما كان ضرورياً من امور الطفل من الأكل و الشرب و الألبسة و حفظه من التلف، و هكذا حفظ أمواله إن كانت فى معرض التلف؛ فإنه يجب كفاية على كلّ مسلم فضلاً على المؤمن العادل.

قال فى المسالك: «و يستثنى من موضع الخلاف ما يضطرّ إليه الأطفال و الدوابّ من المؤنّة و صيانة المال المشرف على التلف؛ فإنّ ذلك و نحوه واجب على الكفاية على جميع المسلمين، فضلاً عن العدول منهم، حتّى لو فرض عدم ترك مورّثهم مالاً فمؤنّة الأطفال و نحوه من العاجزين عن التكبّس واجب على المسلمين من أموالهم كفاية، كإعانة كلّ محتاج و إطعام كلّ جائع يضطرّ إليه، فمن

مال المحتاج أولى. و حيث يجوز لأحدٍ فعل ذلك فالمراد به معناه الأعمّ، و المراد منه الوجوب؛ لما ذكرناه من أنه من فروض الكفايات «١».

و هكذا فى جامع المقاصد «٢» و الحدائق «٣» و الجواهر «٤».

الثانى: المقصود فى كلماتهم بثبوت الولاية للمؤمن العادل إن لم يكن هناك حاكم، عدم وجوده فى البلد الذى سكن فيه الصغير و فى ناحيته و إن وجد فى غيره، إذا توقفت مراجعته على مشقّة لا تتحمّل عادةً، و يجب مع وجوده بعيداً الاقتصار

(١) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٦.

(٢) جامع المقاصد ١١: ٢٦٧.

(٣) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٩٣.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٢٩٩

على ما لا بدّ منه، و تأخير ما يسع تأخيره إلى أن يمكن مراجعته، كما أشار إليه فى المسالك «١».

أدلة هذا الحكم

تدلّ على ولاية عدول المؤمنين على أموال الأيتام امور:

الأول: الآيات، كقوله - تعالى -: (وَ الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ) «٢»، فإنّ عمومها يشمل المورد. و قوله: (وَ تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى) «٣».

و قوله: (مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ) «٤»، كما استدللّ بها الشهيد فى الدروس «٥» و العلامة فى المختلف «٦». و كذا فى جامع المقاصد «٧» و الرياض «٨».

و لقد أجاد المحقق الاصفهاني فى الإيراد على الاستدلال بها، حيث قال:

«لو كان كذلك فلا موجب لاختصاصه بالفقيه مع تيسير التصدي منه؛ لأنّ المفروض أنّه معروف و إعانته على البرّ و التقوى، و إحسان على أىّ تقدير، و إذا احتل اختصاصه بالفقيه فلا يقع معروفاً و لا إعانته على البرّ و التقوى، و لا إحساناً إلّا إذا صدر من الفقيه، ففى صورة الشكّ تكون الشبهة مصداقية، و لا مجال للاستدلال بالعامّ معها» «٩»

(١) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٦.

(٢) سورة التوبة ٩: ٧١.

(٣) سورة المائدة ٦: ٢.

(٤) سورة التوبة ٩: ٩١.

(٥) الدروس الشرعية ٢: ٣٢٩.

(٦) مختلف الشيعة ٦: ٣٥٩.

(٧) جامع المقاصد ١١: ٢٦٦.

(٨) رياض المسائل ٦: ٢٩٣.

(٩) حاشية المكاسب للمحقق الاصفهاني ٢: ٤٠١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٠٠

الثاني: الضرورة تقتضى ذلك «١».

الثالث: حكم العقل بذلك، كما فى حفظ مال اليتيم من التلف «٢».

قال المحقق النائنى: «فمع وجود العدل لا شبهة أنّ المتيقن نفوذ خصوص ما يقوم به. نعم، مع تعدّره يقوم الفساق من المؤمنين بعد

عدم احتمال تعطيله؛ لكونه ضرورياً، و ممّا يستقلّ العقل بلزوم وجوده» «٣».

و لا يخفى أنّ الأخيرين يختصّان بحال الضرورة فقط، فلا تثبت فى غيرها.

الرابع: جريان السيرة العقلائية بضميمة عدم ردع الشارع عنها «٤».

و لا يخفى أنّ هذا دليل لبيّ، و القدر المتيقن منها ما كان فى مورد الضرورة، فلا تثبت فى غيرها أيضاً.

الخامس: الإجماع الذى ادّعاه فى الرياض بقوله: «بل لعلها إجماع فى الحقيقة» «٥».

و الظاهر أنّ هذا الإجماع مدركى و لا يكون دليلاً مستقلاً.

السادس: الأصل الثابت من بعض الأخبار، بالتقريب الذى ذكرناه فى الاستدلال به على ولاية الفقيه فراجع، إلّا أنّه يلزم فى المقام فرض

عدم وجود الفقيه؛ لأنّه فى حال كونه موجوداً فهو القدر المتيقن. و أمّا فى حال عدم الفقيه، فيكون العادل أو الثقة هو المنصوب للقيام

بأمور الأيتام.

السابع: - و هو العمدة- النصوص

(١) مختلف الشيعة ٦: ٣٥٩.

(٢) منهاج الفقاهة ٤: ٣٠٦.

(٣) منية الطالب ٢: ٢٤٣.

(٤) منهاج الفقاهة ٤: ٣٠٦.

(٥) رياض المسائل ٦: ٢٩٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٠١

منها: صحيحه محمد بن إسماعيل بن بزيع المتقدم؛ لأنّه قال عليه السلام فيها:

«إذا كان القيم به مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس» «١»

بالتقريب الذى ذكره الشيخ الأعظم، أنّه بناءً على أنّ المراد من المماثلة: إمّا المماثلة فى التشيع، أو فى الوثاقه، أو فى الفقاهة، أو فى

العدالة، و الاحتمال فى الفقاهة منافٍ لإطلاق المفهوم الدالّ على ثبوت البأس مع عدم الفقيه و لو مع تعدّره، و هذا بخلاف

الاحتمالات الاخر؛ فإنّ البأس ثابت للفاسق أو الخائن أو المخالف و إنّ تعدّره غيرهم، فتعين أحدها الدائر بينها، فيجب الأخذ من

مخالفة الأصل بالأخصّ منها؛ و هو العدل «٢».

و قريب من هذا فى بلغة الفقيه «٣».

و لكن قلنا فيما تقدّم: إنّ هذا التقريب ليس بتامّ، و استدللنا بها على ولاية الحاكم، فراجع.

و منها: صحيحه على بن رئاب المتقدم؛ فإنّه قال عليه السلام فيها:

«إن كان لهم وليّ يقوم بأمرهم» «٤...»

بناءً على أنّ المراد بالوليّ فيها إنّما هو أحد عدول المؤمنين؛ لأنّ انتفاء الوصىّ ظاهر من الخبر، و انتفاء الحاكم الشرعى الذى هو أحد

الأولياء أيضاً ظاهر؛ إذ ليس فى وقته عليه السلام حاكم شرعىّ أصالة سواه، و احتمال الجدّ بعيد من سياق الخبر، كما استدلل به فى

الحدائق «٥».

و لكن عدل عن نظره الشريف في كتاب الوصايا، حيث قال: «أما صحيحة علي بن رثاب فالولي فيها مجمل يجب حمله على ما يدل عليه غيرها من الحاكم

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع و شروطه، ح ٢.

(٢) كتاب المكاسب ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٦٥ مع تصرف يسير.

(٣) بلغة الفقيه ٣: ٢٩١ - ٢٩٢.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٤ الباب ٨٨ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٥) الحدائق الناضرة ١٨: ٣٢٤، كتاب البيع ٢: ٥٣٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٠٢

الشرعي، أو عدول المؤمنين» (١).

و قال الإمام الخميني رحمه الله: «ثم إنها تشمل من عدا الأب خاصية، أو من عدا الأب و وصيه من سائر الأولياء، جداً كان أو وصيه القيم عليهم، أو فقيهاً أو القيم من قبله، أو عدول المؤمنين لو قلنا بولايتهم» (٢).

و لكن الإنصاف أنها لا- تدل على ولاية عدول المؤمنين؛ لأنه- كما قلنا في الاستدلال بها على ولاية الحاكم- يكون جواز جعل القيمومة و الناظر الذي يستفاد من قوله عليه السلام:

إذا باع عليهم القيم لهم الناظر...

منحصراً بالحاكم (٣)، و ليس ذلك لعدول المؤمنين، و لا أقل نشك فيه.

و منها: موثقة

سماعة قال: سألت عن رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصية، و له خدم و مماليك و عقد، كيف يصنع الورثة بقسمه ذلك الميراث؟ قال: «إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس» (٤).

و دلالتها ظاهرة لا ستره عليها، حيث إن الإمام عليه السلام رتب الحكم على جواز تقسيم أموال الصغار الذي يستفاد من قوله عليه السلام:

«فلا بأس»

على قيام الثقة بذلك، و المعلوم من السياق عدم وجود الجد للصغار، و هكذا لم يكن المقصود من الثقة الحاكم الثقة، بل كان أحد المؤمنين، و هو المطلوب.

قال الشيخ الأعظم رحمه الله: «بناءً على أن المراد من يوثق به و يطمئن بفعله عرفاً و إن لم يكن فيه ملكة العدالة» (٥)

(١) نفس المصدر: ٢٢ / ٥٩٢.

(٢) كتاب البيع ٢: ٥٣٤.

(٣) مضافاً إلى أن كلمة ولي ظاهرة في شخص معين، مع أن الولاية لعدول المؤمنين ليست منحصرة بفرد معين. م ج ف.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٤ الباب ٨٨ من كتاب الوصايا، ح ٢.

(٥) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٦٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٠٣

ولكن الظاهر أن المراد من الثقة غير ما اصطلاح عليه الرجاليون في معنى الوثاقفة، بل المقصود من الثقة في الروايات هي التي تكون ملازمة للعدالة، بل أخص منها، إذ ربما يكون العادل غير ثقة في فعله؛ لعدم التفاته بفعله لبله ونحوه، كما قد ورد في بعض الروايات الدالة على اعتبار العدالة في إمام الجماعة، بأنه إذا كان ثقة ترضون دينه، وفي بعض الروايات: أن فلاناً ثقة في دينه و دنياه «(١)».

ومنها: صحيحة

إسماعيل بن سعد الأشعري: قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصية وترك أولاداً ذكراً غلماناً صغاراً وترك جوارى وماليك، هل يستقيم أن تباع الجوارى؟ قال: «نعم».

وعن الرجل يموت بغير وصية وله ولد صغار وكبار، أ يحل شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولى القاضى بيع ذلك، فإن تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة، أ يطيب الشراء منه أم لا؟ فقال: «إذا كان الأكبر من ولده معه في البيع، فلا بأس إذا رضى الورثة بالبيع، وقام عدل في ذلك» «(٢)»

فإنها دلت على جواز الشراء من أموال الصغار إذا قام عدل في ذلك، ومفهومها عدم الجواز إذا لم يقم به عدل.

قال الإمام الخميني رحمه الله: «لا-يحتمل في الصحيحة إجازة شخصية؛ لأن الظاهر من السؤال والجواب هو التكليف الكلي، وأما احتمال النصب بالنسبة إلى نفس الصغير فلا وجه له، لا فيها ولا في غيرها من الروايات، كما أنه لا ظهور لها ولا لغيرها إلا في أصل الجواز، لا النصب بالنسبة إلى المال أيضاً لو كان للنصب وجه صحة بالنسبة إليه.

(١) مصباح الفقاهة ٥: ٦٢ مع تصرف.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٠٤

نعم، يحتمل فيها كغيرها أن يكون الجواز حكماً شرعياً، وأن يكون إجازة من الإمام عليه السلام، وقد مر أن لا ظهور لكلامه في بيان الحكم الإلهي في مثل المقام الذي كان له ولاية أمره، بل هو محتمل، كما أن الإجازة السلطانية أيضاً محتملة «(١)».

ثم إن في قوله عليه السلام:

«إذا كان الأكبر من ولده معه»

إلخ احتمالين:

أحدهما: رجوع ضمير «معه» إلى القاضى الذى تراضوا به، ويكون المراد أن القاضى المذكور إذا باع بمحضر عدل لا بأس به، فتدل على لزوم نظارة العدل فى البيع، أما جواز استقلاله لذلك فلا، إلا أن يقال: إن القاضى الجائر لا دخاله لفعله فى الصحة، فهى ناشئة من نظر العدل محضاً، فتدل الرواية التزاماً على الصحة لو أوقعه بنفسه، وله وجه لو دلت على أن العدل رضى بذلك، وهو محل تأمل.

ثانيهما: رجوع الضمير إلى المشتري، ويكون المراد إلغاء عمل القاضى، وتوقف الصحة فى قسمة الأكبر على رضاهم، وفى قسمة الصغير على قيام العدل فى البيع؛ أى يكون البيع برضا الكبير و العدل، فتدل على أن فعل العدل نافذ فى حصّة الصغير، فتتم الدلالة، وهذا أوفق بمناسبة الحكم والموضوع «(٢)».

وما قيل: من أنها تدل على اعتبار العدالة بالنسبة إلى المشتري، والكلام إنما هو فى وظيفة المتصدى للبيع نفسه «(٣)».

ففيه: أن الظاهر من عنوان

«قام عدل فى ذلك»

اشتراط العدالة فىمن تصدى للبيع لا من اشترى، هذا أولاً، وثانياً: على فرض اشتراطها فى المشتري، نقول:

جعل العدالة شرطاً للشراء مستلزم لجعلها شرطاً للبيع، وإلا فجعل جواز البيع

(١) و لا- يخفى أن لا يُلزم هذا الاحتمال، كون ولاية عدول المؤمنين مشروطة بإذن الإمام عليه السلام أو من يقوم مقامه مع أن ظاهر الفتاوى خلاف ذلك. م ج ف

(٢) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٥٠٦-٥٠٧.

(٣) منهاج الفقاهة ٤: ٣١٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٠٥

للفاسق من غير أن يجوز لأحدٍ الشراء منه لغو.

فتحصّل ممّا ذكرنا: أنّه يستفاد من الروايات أنّه جعل الشارع الولاية على أموال الصغار للمؤمنين العدول، كما ذهب إليه المشهور.

قال في الحدائق: «لا- يخفى أن الظاهر من هذه الأخبار باعتبار ضمّ بعضها إلى بعض، و حمل مطلقها على مقيدتها و مجملها على مفصّلها، هو ما صرّح به الأكثر؛ فإنّها هو الأقرب منها و الأظهر- إلى أن قال:- و بالجملة: فإنّ الروايات المذكورة ظاهرة في جواز قيام العدل الثقة بذلك، و أنّه بهذه الأخبار مأذون في الدخول» (١).

و قال السيّد الفقيه الخوانساري: «يستفاد من بعضها جواز التصدّي للعدل و للثقة من بعض آخر- إلى أن قال: - فاللازم تحقّق أحد الوصفين من العدالة و الوثاقة، و الوثاقة إن كان المراد منها الوثاقة في الدين تكون ملازمة للعدالة» (٢).

و بالجملة: فإنّ النسبة بين الوثاقة و العدالة و إن كانت عموماً من وجه مفهوم فإمّا أن نقول: إن المراد من الوثاقة في الروايات الوثاقة في الدين، فتكون ملازمة للعدل، أو نقول: العدالة هي الأخصّ من الوثاقة و في الدوران بين الخاصّ و العام، الخاصّ هو المتيقّن، فتثبت ولاية العادل على كلا صورتين، و هو المطلوب.

الثامن: دليل الحسبة بالتقريب الذي تقدّم في الاستدلال بها على ولاية الفقيه، و لكن مع فرض عدم الفقيه أيضاً، كما ذكرنا في الاستدلال بالأصل الثابت بالأخبار.

قال المحقّق النائيني رحمه الله: «الأمور التي يعلم من الشرع مطلوبيّتها في جميع الأزمان، و لم يؤخذ في دليلها صدورها من شخص خاصّ، فمع وجود الفقيه هو

(١) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٩٢.

(٢) جامع المدارك ٤: ٩٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٠٦

المتعين للقيام بها: إمّا لثبوت ولايته عليها بالأدلة العامة، أو لكونه هو المتيقّن من بين المسلمين، أو لئلا يلزم الهرج و المرج، فيعتبر قيام الفقيه به مباشرة أو إذنه أو استنابته، و مع تعدّده فيقوم به سائر المسلمين، و لما كان العدل أولى بالحفظ و الإصلاح، فمع وجوده هو المتعين» (١).

و مثل ذلك ما قال الإمام الخميني رحمه الله (٢).

[القول الثاني] عدم ولاية عدول المؤمنين على أموال الأيتام

إشارة

القول الثاني: عدم ثبوت ولاية عدول المؤمنين على أموال الأيتام.

قال فى السرائر- بعد نقل كلام الشيخ رحمه الله فى الخلاف و النهاية:- «و الذى يقتضيه المذهب أنه إذا لم يكن سلطان يتولى ذلك، فالأمر فيه إلى فقهاء شيعته عليه السلام من ذوى الرأى و الصلاح؛ فإنهم عليهم السلام قد وّوهم هذه الامور، فلا يجوز لمن ليس بفقيه تولى ذلك بحال، فإن تولاه فإنه لا يمضى شىء مما يفعله؛ لأنه ليس له ذلك بحال» «٣».

و الوجه فيه: أن إثبات اليد على مال الطفل و التصرف فيه بالبيع و الشراء و غيرهما موقوف على الإذن الشرعى و هو متتف «٤». و قد ظهر الجواب عنه ممّا ذكرنا فى الاستدلال على القول الأول، مع احتمال حمله على ما يوافق قول المشهور؛ بأن يكون المقصود منه المنع من ولايتهم إذا كان الحاكم الشرعى موجوداً.

(١) منية الطالب ٢: ٢٤١.

(٢) كتاب البيع ٢: ٥٠١.

(٣) السرائر ٣: ١٩٣-١٩٤.

(٤) جامع المقاصد ١١: ٢٦٦، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٠٧

قال فى الجواهر: «و ظننى أنه لا- يخالف فيه ابن إدريس و إن نفى الولاية عنهم، لكن مراده نفيها على حسب ولاية الأب و الجدّ و الحاكم لا مطلقاً، و حينئذ يرتفع النزاع» «١».

و ظهر ممّا ذكرنا الجواب عن القول الثالث، أى التردد فى المسألة، و هو ما اختاره فى الشرائع حيث قال: «و فى هذا تردّد» «٢». جاء فى الرياض: «و خلاف الحلّى كتردد الماتن فى الشرائع شاذّ غير ملتفت إليه، مع احتمال عبارة الأول ما يوافق الجماعة بإرادته المنع عن ولايتهم إذا كان هناك حاكم الشريعة» «٣».

يجوز لعدول المؤمنین نصب القیم للأيتام

بعد ما ثبت أن لعدول المؤمنین- عند فقد الأولياء من الأب و الجدّ و الوصى لهما و الحاكم- ولاية على أموال الصغار، وقع البحث فى أنه هل يكون ولايتهم كولاية الآباء و الأجداد و الحاكم، فيجوز لهم نصب غيرهم و عزلهم أم لم يكن كذلك، بل المقصود من ولايتهم أنه يجب عليهم حفظ أموال الصغار و بيعها أو الشراء لهم إذا اقتضت المصلحة ذلك، و التعبير بالولاية تسامح.

بتعبير آخر: يجب عليهم أو يستحبّ فعل ذلك و هو حكم تكليفى، بخلاف ولاية الحاكم فإنها مجعولة؟

فيه، قولان:

ذهب إلى الثانى الإمام الخمينى رحمه الله، حيث قال: «يحتمل أن يكون المراد

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

(٣) رياض المسائل ٦: ٢٩٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٠٨

من قوله عليه السلام: «فصير» إلخ- فى صحیحة محمد بن إسماعيل بن بزيع- الإقامة بأمر البيع؛ أى جعله متصدياً للبيع، فقوله عليه السلام:

«لا بأس به»

إجازة لمثلها في البيع، لا نصب و جعل ولاية منه حتى يكون مثلها ولياً- كالفقيه- ليكون له نصب غيره و عزله، و لا يكون التصدي من قبيل الحسيات حتى لا يجوز التصدي إلا مع الضرورة.

نعم، من ترك الاستفصال في المورد يمكن الاستفادة جواز تصدي البيع و لو لم يصل إلى حد الضرورة، لكن لا يلزم منه الولاية بالمعنى المذكور، فغاية الأمر الاستفادة جواز التصرف لمثلها، لا الولاية على الصغير أو على اموره.

و كذلك الأمر على الشق الثاني من السؤال؛ و هو قوله: أو قال: يقوم بذلك رجل مئا- إلى أن قال: - و كيف كان، لا استفاد منه أيضاً النصب و جعل الولاية، بل غاية الأمر دلالة على جواز التصرف بيعاً و شراءً و نحوهما لمثلها و لو لم يبلغ حد الضرورة» (١). و في مهذب الأحكام: «هل يكون ما ثبت لعدول المؤمنين بعد فقد الفقيه هو الولاية من سنخ ولاية الفقيه. و عبارة أخرى: ما هو الثابت له هو الحكم الوضعي، أو مجرد الحكم التكليفي من الوجوب و الندب؟ الحق هو الأخير؛ لأنه المتيقن من الأدلة، و غيره يحتاج إلى عناية، و هي مفقودة.

نعم، في مثل بيع أموال القصور و نحو ذلك يلزمها السلطة فعلاً فيصح تعبير الولاية من هذه الجهة، فهي تابعة للحكم التكليفي في جملة من الموارد، و لعل تعبير الفقهاء بالولاية من هذه الجهة أيضاً» (٢).

(١) كتاب البيع ٢: ٥٠٣ و ٥٠٤.

(٢) مهذب الأحكام ١٦: ٣٨٠-٣٨١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٠٩

و لكن الحق هو «١» الأول، و هو الظاهر من كلام المشهور أيضاً؛ لأن الاستفادة من الروايات أنهم ولي كالأباء و الأجداد و الحاكم و يجوز لهم القيام بامور الصغار. فإن الظاهر من قوله عليه السلام:

«لا بأس بذلك إذا باع، عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم» (٢)

في صحیحته على بن رثاب المتقدمه. و كذا ظاهر قوله عليه السلام:

«إذا كان القيم به مثلك» (٣)

في صحیحته ابن بزيع، أنه يجوز له القيام بامور الأيتام بنفسه أو بنصب غيره و هو الناظر فيه، و كذا له عزله إذا خالف عما هو الحق. نعم، من قال بأنه لا استفاد من الأدلة ولاية عدول المؤمنين، بل يجب أو يندب لهم الدخول في امور الأيتام من باب الحسبة و التعاون و الإحسان مباشرة، فلا يجوز لهم نصب الغير أو عزله.

عدم ثبوت الولاية على أموال الصغار للفاسق

إذا تعدد العدول فهل تثبت الولاية لغيرهم من الفاسق، فيكون واجباً كفاً على كل من يقدر عليه و إن كان فاسقاً؟ أم لا.

قال في الجواهر: «لا يبعد ثبوت ولاية الفاسق مع عدم العدل» (٤).

و في بلغة الفقيه: «الظاهر جواز توليته- الفاسق- مع المصلحة و مراعاة

(١) الحق ما ذهب إليه السيد الإمام الخميني قدس سره؛ فإن التعبير بالقيومة و حتى التعبير بالولاية لا تدل إلا على ثبوت الولاية و هو لا يلزم جواز نصب من يقوم مقامه أو عزله، بل هو تابع لدليل الولاية، و فيما نحن فيه لا استفاد من الأدلة ذلك، فتدبر. م ج ف.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٤ الباب ٨٨ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٣) نفس المصدر ١٢: ٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع و شروطه ح ٢.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣١٠

الغبطة، توضيماً إلى ما يريد الشارع إيجاده للمصلحة المترتبة على وجوده، كتجهيز الميت الواجب كفايةً على كل من يتمكن منه مع عدم ولي له مطلقاً، حتى الحاكم و عدول المؤمنين «١».

و الظاهر أنه لا يمكن إثبات الولاية للفاسق و إن تعدد وجود العدول، و ذلك لأجل أنه ثبت بالأدلة القطعية عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه.

فإذا فرض احتياج ذلك المال إلى التصرف و لم يكن الإذن من صاحبه، فدار الأمر بين أن يتصرف كل شخص أعم من الفاسق و العادل، أو خصوص العادل، أو غيره بإذنه، فالمتيقن هو الثاني، و مجرد الشك في ذلك يكفي في عدم الجواز وضعاً و تكليفاً، لإطباق الأدلة على عدم الجواز، و الخارج منها قطعاً هي صورة الإذن من العدول، أو تصديهم بنفسهم على التصرف.

نعم، قد يكون شيء مفروض المطلوبية للشارع غير مضاف إلى أحد، فيجب على الفاسق كالمؤمنين تكليفاً الإقدام بذلك من باب الحسبة.

قال الشيخ الأعظم رحمه الله: «نعم، لو فرض المعروف على وجه يستقل العقل بحسنه مطلقاً، كحفظ اليتيم من الهلاك الذي يعلم رجحانه على مفسدة التصرف في مال الغير بغير إذنه، صح المباشرة بمقدار يندفع به الضرورة، أو فرض على وجه يفهم من دليله جواز تصديه لكل أحد» «٢».

و الظاهر أن من قال بالولاية للفاسق فمقصوده في هذا المورد الخاص.

قال في الجواهر: «لا يبعد ثبوت ولاية الفاسق مع عدم العدل، و إن كان الظاهر تقييدها بما إذا كان المقام مقام الحسبة لا مطلقاً» «٣»

(١) بلغة الفقيه ٣: ٢٩٤.

(٢) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٦٣.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣١١

آراء مذاهب أهل السنة في المسألة

أ- الشافعية

جاء في نهاية المحتاج: «قال الجرجاني: و إذا لم يوجد أحد من الأولياء المذكورين فعلى المسلمين النظر في مال محجورهم و تولي حفظه لهم- إلى أن قال: - و يؤخذ من كلام الجرجاني السابق- مع ما مر- أنه لو لم يوجد إلا قاض فاسق أو غير أمين كانت الولاية للمسلمين أي لصلحتهم، و هو متجه» «١».

ب- المالكية

إنهم قالوا: تثبت هذه الولاية- أي الولاية على المال- للأب ثم لوصيه ثم للقاضي أو من يقيمه ثم لجماعة المسلمين إن لم يوجد قاض «٢».

ج- الحنابلة

قال في كشف القناع: «فإن لم يوجد حاكم بالصفات المعبرة فأمين يقوم به، أي باليتيم» «٣». و كذا في الإنصاف «٤» و الإقناع «٥».

د- الحنفية

بحسب تتبعنا لم نظفر فى كلماتهم من قال بهذه الولاية، بل الظاهر منهم عدم جعل الولاية فى المقام. قال فى البدائع: «أولى الأولياء الأب، ثم وصيه، ثم وصى وصيه، ثم الجدّ ثم

(١) نهاية المحتاج ٤: ٣٧٤-٣٧٥.

(٢) الفقه الإسلامى و أدلته ٧: ٧٥٠، الفقه على المذاهب الأربعة ٢: ٣٥٦.

(٣) كشاف القناع ٣: ٥٢١.

(٤) الإنصاف ٥: ٣٢٤.

(٥) الإقناع فى فقه الإمام أحمد بن حنبل ٢: ٢٢٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣١٢

وصيه، ثم القاضى ثم من نصبه القاضى؛ و هو وصى القاضى- إلى أن قال: - و ليس لمن سوى هؤلاء من الامّ و الأخ و العمّ و غيرهم ولاية التصرف على الصغير فى ماله» (١). و هكذا فى غيره (٢)

(١) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٣.

(٢) حاشية ردّ المحتار على الدرّ المختار ٦: ١٧٤، المفصل فى أحكام المرأة ١٠: ٣١٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣١٣

المبحث الخامس: شرائط ولاية عدول المؤمنين

إشارة

لما أثبتنا الولاية لعدول المؤمنين، ينبغى أن نذكر الامور التى كانت شروطاً لها، و هى ما يلى:
الأول: رعاية المصلحة.

قد ذكرنا أفعالهم عند البحث عن اشتراط المصلحة فى ولاية الحاكم فراجع؛ إذ لا فرق فى هذا بين الحاكم و غيره من الأولياء. قال فى التذكرة: «الضابط فى تصرف المتولّى لأموال اليتامى و المجانين اعتبار الغبطة و كون التصرف على وجه النظر و المصلحة، فللولى أن يتجر بمال اليتيم و يضارب به و يدفعه إلى من يضارب له به، و يجعل له نصيباً من الربح، و يستحبّ له ذلك، سواء كان الولي أباً أو جدّاً له أو وصياً، أو حاكماً أو أمين حاكم» (١).

و استظهر فى مفتاح الكرامة من هذا نفي الخلاف فى ذلك بين المسلمين (٢).

و نقل المحقق الاصفهانى أيضاً فى ذلك دعوى الإجماع من غير واحد (٣).

على كلّ حال تدلّ على اشتراط لزوم رعاية المصلحة من جانب عدول المؤمنين فى تصرفاتهم فى المقام الأدلة التى ذكرناها دليلاً على اشتراطها فى تصرفات الحاكم، فراجع.

قال المحقق النائنى فى المقام: «يستفاد من مجموع الأدلة أنّ ولاية الفقيه و العدل و مطلق المؤمن ليس كولاية الأب و الجدّ حتى يكون لهم التصرف مطلقاً،

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٠، الطبعة الحجرية.

(٢) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٠.

(٣) حاشية المكاسب للمحقق الاصفهاني ٢: ٤٢٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣١٤

بل الظاهر منها إناطة جواز التصرف بما كان صلاحاً لليتيم» (١).

الأمر الثاني: فقد الحاكم.

هل يشترط في ولاية العدول من المؤمنين فقد الإمام أو الحاكم، أم أنهم مأذونون و لو مع وجود الفقيه الجامع للشرائط؟ قولان:

الأول: الظاهر من كلمات كثيرهم أنه يشترط في ولايتهم فقد الحاكم؛ لأنهم قيدوا ولايتهم بتعذر الفقيه.

قال المحقق النراقي: «و حكايات الإجماع على اختصاص جواز التصرف من العدول أو العدل بصورة فقد الفقيه» (٢).

و في بلغة الفقيه: «ضرورة تقدّمهم عليهم إن وجدوا، نصّاً و فتوى بل ضرورة» (٣).

و في مهذب الأحكام: «هذا الترتيب - أي تقديم ولاية الحاكم على عدول المؤمنين - من ضروريات فقه الإمامية» ٤.

و استدّلوا لهذا القول بوجوه:

الأول: كونها ضرورة فقهية كما ادّعاها في البلغة و مهذب الأحكام (٥)، و الظاهر عدم ثبوتها، بل أقصى ما يمكن أن يُقال: إن هذا هو

المشهور بين الفقهاء.

الثاني: عدم كون تصرفهم أحسن في صورة إمكان الوصول إلى الفقيه.

الثالث: الاستدلال بما في الفقه الرضوي:

«روى أنّ لأيسر القبيلة و هو فقيهاً و عالمها أن يتصرف لليتيم في ماله فيما يراه حظاً و صلاحاً، و ليس عليه خسران

(١) منية الطالب في شرح المكاسب ج ٢: ٢٤٣.

(٢) عوائد الأيام: ٥٥٩.

(٣) (٣ و ٤) بلغة الفقيه ٣: ٢٩٠ - ٢٩١.

(٥) مهذب الأحكام ١٦: ٣٨٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣١٥

و لا له ربح، و الربح و الخسران لليتيم و عليه» (١).

ذكرهما المحقق النراقي في العوائد (٢).

و الجواب عن الثاني: أنّ إطلاق الروايات يحكم بأنّ التصرف من غير الفقيه أيضاً يكون أحسن.

و أمّا عن الثالث - مضافاً إلى ضعف سندها بالإرسال - لم يثبت عدم جواز التصرف من غير الفقيه بدليل آخر.

الرابع: كونها موجبةً للهرج و المرج.

جاء في مهذب الأحكام: «أنّ موضوع ما يتصدّاه المؤمنون إنّما هو ما علم بتشريع و ترغيب الشارع إليه مطلقاً، لكنّه جعلها مربوطة

بإذن الفقيه دفعاً للهرج و المرج» (٣).

و الجواب عنه: أنّ تصرفهم منوط برعاية المصلحة، و هذا يوجب المنع عن الهرج و المرج، و تحقّقهما في بعض الأحوال خارج عن

الفرض.

بيان آخر: هذا الدليل أخصّ من المدعى؛ لأنّ ولايتهم لا توجب الهرج و المرج مطلقاً، بل يمكن تحقّقهما في بعض الأحوال.

الخامس: ما ادّعه بعض بأن مقتضى إطلاق نصوص الباب و إن كان إثبات ولايتهم مطلقاً، إلّا أنّه من جهة كونها من مناصب القضاء، و قد جعل الشارع الفقيه قاضياً و حاكماً، فمع وجوده لا بدّ من تصديده لذلك «٤». و الجواب عنه: أنّ إطلاق الروايات دليل على إذن الشارع فى ذلك لغير الفقيه

(١) الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام: ٣٣٣.

(٢) عوائد الأيام: ٥٥٩.

(٣) مهذب الأحكام ١٦: ٣٨٠.

(٤) منهاج الفقاهة ٤: ٣١٥ مع تصرفٍ يسير.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣١٦

أيضاً، و الفرض أنّه لا دليل للمنع عن غيره، فالحكم بأنّ هذا كان من مناصب المختصّة للقضاء لا دليل عليه، و هو ظاهر.

عدم اشتراط ولاية عدول المؤمنين بتعدّر الإذن من الفقيه

القول الثانى: - و هو الحقّ - أنّه لا يشترط فى ولاية عدول المؤمنين تعدّر الإذن من الفقيه، بل لهم ولاية و لو مع وجوده. قال المحقق الأردبيلى: «الظاهر ثبوت ذلك - أى الولاية على أموال الأيتام - لمن يوثق بدينه و أمانته بعد تعدّر ذلك كلّ - إلى أن قال: - من غير قيد تعدّر الحاكم و لا شكّ أنّه أولى مع إمكانه، و إلّا فالظاهر أنّ لغيره ذلك» «١». و كذا فى الحدائق «٢». و قال به أيضاً المحقق الاصفهانى «٣» و السيّد الخوانسارى «٤» و السيّد الخوئى «٥». و يدلّ على هذا الحكم وجوه:

الأول: أنّها من الامور التى يمكن قيام آحاد المؤمنين بها، كصلاة الميت و بيع مال اليتيم و نحوهما، فهذه لم يثبت اختصاصها بالإمام عليه السلام بما هو رئيس المسلمين حتّى يقوم الفقيه مقامه «٦».

نقول: هذه و إن لم تكن من الامور التى لا يقوم بها إلّا الإمام عليه السلام أو نائبه، إلّا أنّ التصرف فى مال الغير يحتاج إلى مجوز شرعى.

(١) مجمع الفائدة و البرهان ٩: ٢٣٢.

(٢) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٩٢.

(٣) حاشية المكاسب للمحقق الاصفهانى ٢: ٤٠١ - ٤٠٢.

(٤) جامع المدارك ٤: ٩٢ - ٩٣.

(٥) مصباح الفقاهة ٥: ٦٢.

(٦) حاشية المكاسب للمحقق الاصفهانى ٢: ٤٠١ - ٤٠٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣١٧

الثانى: نتيجة حمل المطلق على المقيد فى روايات الباب يقتضى ذلك.

قال الإمام الخمينى رحمه الله: «مقتضى خلافة الفقهاء و وراثتهم حصر الولاية بهم و نفى ثبوتها لغيرهم، و لازم حصرها بهم حصر كلّ ما هو من شؤون الولاية بهم، و منها: التصرف و التصدّى لأمر الصغار، فيقع التعارض بينهما، و بين ما دلّ على ثبوت ذلك للعدل. لكنّ الذى يسهل الخطب أنّ بين الدليلين عموماً مطلقاً؛ لأنّ الثابت للفقيه كلّ التصرفات الثابتة للوالى، و منها: التصرف فى مال الأيتام،

و لازم الحصر نفى جميع ذلك عن غيره، و ما دلّ على ثبوت التصرف الخاص للعدل يخصّص عموم الحصر أو يقيد إطلاقه، كما أنّ عموم ولاية الفقيه مخصّص بأدلة ولاية الأب و الجدّ، فكما أنّ عموم ولايته أو إطلاقها قابل للتخصيص و التقييد، كذلك إطلاق الحصر أو عمومه، ففي المقام ثبت الولاية للفقيه و جاز التصرف للعدل، بناءً على ثبوت الحكم للعدل في زمان الغيبة «١».

الثالث: - و هو العمدة- إطلاق النصوص.

فإنّ الظاهر منها جواز قيام العدل لإدارة شؤون الأيتام، و كفاية ما يحتاجون إليها و لو مع وجود الفقيه و عدم تعدّر الإذن منه؛ لأنّ المفروض أنّها مطلوبة للشارع غير مضاف إلى شخص، و يتّضح هذا بأدنى تأمل؛ لأنّ المعصومين عليهم السلام كانوا موجودين في زمن وقوع السؤال، و مع هذا لم يقيدوا ولاية العدول بالإذن منهم عليهم السلام.

قال في الحدائق: «و بالجملة: فإنّ الروايات المذكورة ظاهرة في جواز العدل الثقة بذلك، و أنّه بهذه الأخبار مأذون في الدخول؛ سواء وجد الإمام أم لا؟»

(١) كتاب البيع ٢: ٥١٣ و ٥١٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣١٨

و لا يبعد القول بجواز تولية ذلك أيضاً مع وجود الفقيه الجامع للشرائط «١».

و قال السيد الخوئي رحمه الله: «و الظاهر أنّ الذي يستفاد من الروايات هو جواز ولاية عدول المؤمنين في خصوص مال اليتيم توسعةً و لو مع التمكن من الإذن من الإمام أو الفقيه؛ إذ العادة جارية بعدم التمكن في جميع النقاط حتّى القرى» «٢».

نقول: و مع ذلك كلّه فالأولى رعاية الاحتياط و الإذن من الفقيه إذا لم يتعدّر ذلك.

الأمر الثالث: عدم المزاحمة بين تصرف العدلين.

هل يشترط في جواز تصرف العدل في أموال الصغار عدم المزاحمة من عدل آخر؟ قولان:

الأول: لا يشترط ذلك، بل يجوز له التصرف و لو مع مزاحمة الآخر.

قال الشيخ الأعظم رحمه الله: «ثمّ إنّ حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين، فالظاهر أنّه على وجه التكليف الوجوبى أو الندبى، لا على وجه النيابة من حاكم الشرع فضلاً عن كونه على وجه النصب من الإمام عليه السلام، فمجرد وضع العدل يده على مال يتيم لا يوجب منع الآخر و مزاحمته بالبيع و نحوه- إلى أن قال: - و بالجملة: فالظاهر أنّ حكم عدول المؤمنين لا يزيد عن حكم الأب و الجدّ، من حيث جواز التصرف لكلّ منهما ما لم يتصرف الآخر» «٣».

و محصل كلامه: أنّ الولاية الثابتة لعدول المؤمنين ليست إلّا على وجه الجواز أو الوجوب أو الندب التكليفى، لا على وجه النيابة من حاكم الشرع، فضلاً عن كونه على وجه النصب من الإمام عليه السلام، فمجرد وضع أحدهم يده على مال اليتيم لا يمنع الآخر عن تصرفاته، نظير الأب و الجدّ؛ حيث يجوز لكلّ منهما أن يتصرف

(١) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٩٢.

(٢) مصباح الفقاهة ٥: ٦٢-٦٣.

(٣) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٦٩-٥٧٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣١٩

فيما وضع الآخر يده عليه «١». و به قال المحقق النائيني رحمه الله «٢».

و قال بعضهم في توجيه هذا الحكم: أنّ الأصل يقتضى ذلك بعد عدم الدليل على الحرمة «٣».

و الجواب عنه: أنه لا شبهة في نفوذ تصرفهم من البيع و الشراء و غيرهما من أقسام التصرفات عند فقد الحكام، و ليس معنى الولاية إلا ذلك- التي ثبت من قبل الإمام- و إلا فمجرد الحكم التكليفي فهو من الامور الحسبية غير المربوطة باب الولاية. إذن فولاية العدول كولاية الفقيه، فكما لا يجوز المزاحمة للفقيه إذا وضع يده على مال اليتيم لا يجوز مزاحمة العدل المؤمن أيضاً، و إذا كان كذلك فالأصل لا يقتضى الجواز؛ لأنه لا دليل عليه في الفرض، بل على خلافه «٤».

قال المحقق الايروانى فى توجيه كلام الشيخ الأعظم رحمه الله: «الظاهر أن مقصوده ليس ما هو ظاهر العبارة، كما يشهد له تفريع جواز مزاحمة غير المتصدى للمتصدى؛ فإن ذلك ليس متفرعاً على كون جواز تصرفهم جوازاً تكليفاً، بل متفرع على ثبوت الولاية للعنوان العام، أعنى عنوان المؤمن المنطبق على كل فرد ابتداءً... و بالجملة جواز المزاحمة و عدم تعيين الولاية بالشروع فى التصرف من مقتضيات كون الولاية بعنوان عام؛ أعنى عنوان المؤمن و عنوان الأب بالمعنى الشامل للجد و عنوان الفقيه» «٥».

نقول: بعد كون ولايتهم كولاية الفقيه؛ فإنهما يشتركان فى الحكم، فكما

(١) مصباح الفقاهة ٥: ٦٤.

(٢) منية الطالب ٢: ٢٤٣.

(٣) مهذب الأحكام ١٦: ٣٨٣.

(٤) اقتبسنا ذلك من مصباح الفقاهة ٥: ٦٤-٦٥.

(٥) حاشية الايروانى على المكاسب: ١٥٩ الطبعة الحجرية.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٢٠

لا يجوز مزاحمة الفقيه فى التصرف، كذلك لا يجوز للعدول أيضاً.

القول الثانى: - و هو الحق- أنه يشترط فى نفوذ تصرف العدول عدم مزاحمة عدل آخر، فبمجرد وضع أحدهم يده على مال اليتيم لا يجوز للآخر التصرف فيه؛ لأن الأصل الأولى عدم جواز التصرف لأحد فى مال غيره، و بعد القطع بجوازه فى مال اليتيم للحكام و لعدول المؤمنين فى الجملة، فالمتيقن منه هو عدم جواز تصرف الثانى فيه بعد وضع الأول يده عليه أو تصرفه فيه، كما قال السيد الخوئى رحمه الله «١».

تذكرة

و اعلم أنه على ما تتبعنا فى كلمات فقهاء أهل السنة لم نجد مبحثاً مستقلاً منهم بحثوا فيه عن شرائط إعمال ولاية المؤمنين، أو الأمين، أو العدول من المؤمنين، أو جماعة من المسلمين على اختلاف تعبيراتهم فى هذه المسألة، و لكن يستفاد من كلماتهم- التى ذكروها فى بيان شرائط الأولياء على نحو مطلق- أنه يشترط فى صحة هذه الولاية رعاية الاحتياط و المصلحة للمولى عليه، مثل ما كان شرطاً عندهم فى إعمال ولاية الأب و الجد و الحاكم و غيرهم، فراجع كلماتهم التى نقلنا عنهم فى ذيل البحث عن اعتبار المصلحة فى ولاية الحاكم على أموال الصغار، فلا نعيدها مراعاة للاختصار.

و هكذا يستفاد من كلماتهم فى ترتيب الأولياء أن ولاية الحاكم و أمينه مقدم على المؤمنين، و شرطوا فى صحة ولاية المؤمنين فقد الحاكم و أمينه؛ أى ما دام الحاكم و أمينه موجوداً لا- يجوز لغيرهم التصرف فى أموال الأيتام، فلا- معنى للبحث فى أنه هل يكون تصرف المؤمنين منوطاً بالإذن من الحاكم أو لا؟ فراجع كلماتهم فى البحث عن ترتيب الأولياء على التزويج و المال، و الحمد لله رب العالمين.

(١) مصباح الفقاهة ٥: ٦٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٢١

الباب الخامس فى بيان موارد تصرف الأولياء

تمهيد

أتضح فى الباب الرابع ثبوت ولاية الأولياء فى النفوس و أموال الصغار، و يتفرع على ذلك صحة تصرفاتهم فى كثير من الأمور، و تنقسم هذه التصرفات باختلاف مواردها على أنواع:

الأول: العقود المعاوضيَّة التمليكيَّة؛ سواء تعلقت بالأعيان، أو بالمنافع كالبيع و الإجارة و نحوهما.

الثانى: العقود التمليكيَّة غير المعاوضيَّة، كالهبة و الصدقة و الوقف و غيرها.

الثالث: العقود الإذنيَّة، كالوديعة و العارية و الوكالة. و هذه الثلاثة كُلُّها تصرفات اعتباريَّة.

الرابع: التصرفات التى تعلقت بنفس مال الصغير عيناً، كبناء عقاره، و حفظ ماله و تميمه، و الزراعة له و رعى مواشيه، و الإنفاق عليه من ماله و غيرها، و كلُّ هذه الأربعة تكون من شئون ولاية الأولياء على أموال الصغار.

الخامس: التصرفات التى تترتب لأجل ولايتهم على النفوس، كاستيفاء حقوقهم، و أخذ الشفعة لهم، و قبول الهبة و الصدقة و الوقف و الوصيَّة لهم و غير ذلك، و لبيان أحكام هذه التصرفات عقدنا هذا الباب، و فيه فصول:

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٢٢

الأول: البيع و الشراء و المصالحة بمال الصبي.

شيرازى، قدرت الله انصارى و پژوهشگران مركز فقهى ائمه اطهار عليهم ا، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ٤ جلد، مركز فقهى ائمه اطهار عليهم السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٩ هـ ق موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها؛ ج ٢، ص: ٣٢٢

الثانى: الأمور التى هى من شئون الاتجار.

الثالث: إجارة الوليِّ الصبيِّ أو ماله.

الرابع: استيفاء حقوق الطفل.

الخامس: الوصيَّة بالولاية.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٢٣

الفصل الأوّل فى البيع و الشراء و الاتجار و المصالحة بمال الصبي

إشارة

و فيه مباحث:

المبحث الأوّل: البيع و الشراء و الاتجار بمال الصبي

إشارة

الظاهر أنه لا خلاف بين الفقهاء في أنه يجوز للوليّ البيع و الشراء بمال الصبيّ إن كان في ذلك مصلحة له. جاء في المبسوط: «من ولى مال اليتيم جاز له أن يتجر فيه للصبيّ نظراً له؛ سواء كان أباً أو جداً أو وصياً، أو حاكماً أو أميناً لحاكم» (١).

و قال ابن زهرة السيّد أبو المكارم: «من شرائط صحّة البيع ثبوت الولاية في المعقود عليه، ثمّ قال: و اشترطنا ثبوت الولاية احترازاً من بيع من ليس بمالكٍ للمبيع و لا في حكم المالك له، و هم ستّة: الأب و الجدّ و وصيّهما، و الحاكم و أمينه و الوكيل» (٢). و به قال سلّار (٣) و ابن حمزة (٤) و الكيدري (٥).

(١) المبسوط للطوسي ٢: ١٦٢.

(٢) غنية النزوع: ٢٠٧.

(٣) المراسم: ١٧٣.

(٤) الوسيلة: ٢٣٦.

(٥) إصباح الشيعة: ١٩٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٢٤

و في الشرائع في شرائط المتعاقدين: «و أن يكون البائع مالكاً أو ممّن له أن يبيع عن المالك كالأب و الجدّ للأب، و الوكيل، و الوصيّ، و الحاكم و أمينه» (١).

و به قال العلامة في جملة من كتبه (٢) و الشهيد (٣) و المحقّق الأردبيلي (٤). و به قال أيضاً جماعة من المتأخّرين و متأخريهم (٥).

و جاء في مفتاح الكرامة: «اشتراط كون البائع أحد هذه السبعة ممّا طفحت (٦) به عبارات الأصحاب، كالشيخ الطوسي و أبي المكارم و الحلّي و من تأخّر عنهم إلّا من شدّد» (٧).

و قال الشيخ الأعظم: «و من شروط المتعاقدين: أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع» (٨).

و الظاهر من هذه الجملة أنّ المدعى من الواضحات التي لا مجال للبحث فيها و الاستدلال لها (٩).

جاء في مجمع الفائدة و البرهان: «الظاهر أنه لا خلاف و لا نزاع في جواز البيع

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٤، المختصر النافع: ١٤٦.

(٢) مختلف الشيعة ٥: ٨٩-٩٠، تذكرة الفقهاء ١٠: ١٤، نهاية الأحكام ٢: ٤٧٧، تبصرة المتعلّمين: ٩٦، تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٢٧٦.

(٣) الدروس الشرعيّة ٣: ١٩٢.

(٤) مجمع الفائدة و البرهان ٨: ١٥٧.

(٥) جامع المقاصد ٤: ٨٧، رياض المسائل ٥: ٦٣، الحدائق الناضرة ١٨: ٤٠٣، مسالك الأفهام ٣: ١٦٤، الروضة البهيّة ٣: ٢٤١، جواهر

الكلام ٢٢: ٢٧٢ و ٣٢٤، المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٥، المكاسب و البيع للنائيني ٢: ٣٣٠، الحاشية على المكاسب

للاصفهاني ٢: ٣٧٢، كتاب البيع للأراكي ٢: ٣، كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٤٣٥، مصباح الفقاهة ٥: ١١، منهاج الصالحين للسيّد

الخوئي ٢: ١٩.

(٦) «طفح: طفح الإناء طفوحاً، إذا امتلأ حتّى يفيض». الصحاح للجوهري ١: ٣٤٤.

(٧) مفتاح الكرامة ٤: ١٨٤.

(٨) المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٣٤٥.

(٩) مباني منهاج الصالحين ٧: ٤٠٩.
 موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٢٥
 و الشراء و سائر التصرفات للأطفال و المجانين و السفهاء المتصل جنونهم و سفههم إلى البلوغ، من الأب و الجد للأب، لا للأُم، و من وصى أحدهما مع عدمهما، ثم من الحاكم أو الذي يعينه لهم» (١).
 و في تحرير الوسيلة: «يجوز للأب و الجد للأب- و إن علا- أن يتصرفا في مال الصغير بالبيع و الشراء و الإجارة و غيرها» (٢).
 و به قال الشيخ الفقيه الفاضل اللكراني (٣).

أدلة جواز البيع و الشراء بمال الطفل

و يمكن الاستدلال لهذا الحكم- مضافاً إلى الأدلة التي تثبت بها ولاية الولي على أموال الصغار بنحو العام، التي بحثنا عنها في الباب الرابع- بوجوده:
 الأول: الإجماع الذي ادّعه في الرياض (٤) و الجواهر (٥) و المكاسب (٦).
 الثاني: النصوص المستفيضة.
 قال الشيخ الأعظم: «يدلّ عليه قبل الإجماع الأخبار المستفيضة المصرّحة في موارد كثيرة» (٧).
 منها: صحيحة
 علي بن رثاب- التي رواها المشايخ الثلاثة- قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجلٍ بينى و بينه قرابته مات و ترك أولاداً صغاراً، و ترك

(١) مجمع الفائدة و البرهان ٨: ١٥٧.

(٢) تحرير الوسيلة ١: ٤٠١ في شرائط المتعاقدين مسألة ١٨.

(٣) الأحكام الواضحة للشيخ الفقيه الفاضل اللكراني: ٣١٧.

(٤) رياض المسائل ٥: ٦٣.

(٥) جواهر الكلام ٢٢: ٢٧٢.

(٦) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٥.

(٧) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٢٦

مما ليك غلماناً و جوارى و لم يوص، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أمّ و ولد؟ و ما ترى في بيعهم؟

قال: فقال: «إن كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم و كان مأجوراً فيهم».

قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أمّ و ولد؟

فقال: «لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم، فليس لهم أن يرجعوا فيما صنع القيم لهم الناظر فيما يصلحهم» (١).

و الظاهر أن ترك الوصية إنما هو بالنسبة إلى الجوارى و الغلمان، و المراد من القيم و الولي من نصبه الأب؛ فإنّ نصب قضاء الجور لا أثر له، و نصبه عليه السلام و نصب فقيه مّا مفروض العدم.

و منها: صحيحة

□

□

ربعي بن عبد الله، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: في رجل عنده مال اليتيم، فقال: «إن كان محتاجاً و ليس له مال فلا يمسه، و

إن هو أتجر به فالريح لليتيم و هو ضامن» (٢).

وهذه الرواية تدلّ على أحكام؛ و هي جواز الاتّجار بمال اليتيم، و كون الربح لليتيم، و كون الوليّ ضامناً إن تلف المال.

و منها: معتبرة أو صحيحة

□

محمّد بن مسلم- التي رواها المشايخ الثلاثة- عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم، و أذن له عند الوصيّة أن يعمل بالمال، و أن يكون الربح بينه و بينهم، فقال: «لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك و هو حيّ» (٣).

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٦٩ الباب ١٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، ح ١.

(٢) نفس المصدر ١٢: ١٩١ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، ح ٣.

(٣) نفس المصدر ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من أبواب أحكام الوصايا، ح ١.

و سند هذه الرواية إمّا صحيحة أو معتبرة؛ لأنّ أحمد بن محمد هو أحمد بن محمد العاصمي الكوفي و هو ثقة، و عليّ بن الحسن هو ابن فضال بقرينة الراوى و المروى عنه، و الحسن بن عليّ هو ابن يوسف كما في الفقيه ٤: ٢١٠ ح ٥٩٠ و التهذيب ٩: ٢٣٦ ح ٩٢١، و الكافي ٧: ٦٢ ح ١٩. و أمّا مثنى بن الوليد، فهو ثقة؛ لأنّه قال الكشي: «قال محمد بن مسعود: قال عليّ بن الحسن «ابن فضال» سلّم و المثنى بن الوليد و المثنى بن عبد السلام كلّهم حنّاطون كوفيون لا- بأس بهم». رجال الكشي: ٣٣٨ الرقم ٦٢٣. و أيضاً يروى عنه الأجلّاء كالبنظي و ابن فضال و عبد الله بن مسكان و حسن بن محبوب. جامع الرواة ٢: ٤٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٢٧

و قال الإمام الخميني قدس سره بعد نقل الحديث: «دلّت بتعليقها على أن إذن الأب موجب لصحة المعاملات الواقعة على مال الصغير؛ سواء كان في حال حياته- بأن يؤكّل من يعمل ذلك- أو كان بعد مماته بالإيصاء و الإجازة، فيظهر منه أن له التصرف بالبيع و الشراء و نحوهما، و أنّه وليّ الطفل و أنّ تصرفاته نافذة؛ سواء كانت فيما ملكه الطفل حال حياته، أو فيما انتقل إليه بعد مماته» (١).

و بالجملة: هذه النصوص تدلّ على جواز تصرف الأب في حال حياته بالبيع و الشراء و الاتّجار في مال الصبيّ و تفويضه إلى الوصي بعد موته.

و كذلك غيرها من الأخبار المستفيضة في موارد كثيرة (٢).

آراء فقهاء أهل السنّة في هذه المسألة

أ- الحنفيّة

فقد جاء في بدائع الصنائع: «و له- أي الولي- أن يبيع ماله بأكثر من قيمته

(١) كتاب البيع ٢: ٤٣٦.

(٢) وسائل الشيعة ٦: ٥٤ الباب ١ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ٥، قال عليه السلام فيه: «إذا أتجر به فزكّه». و ح ١٠، و فيه: «لا زكاة عليه إلّا أن يعمل به». و ص ٥٧ الباب ٢ من تلك الأبواب ح ١؛ فإنّه قال عليه السلام في جواب السائل الذي سأل بأنّه هل على مال اليتيم زكاة؟ «لا، إلّا أن يتجر به أو تعمل به» و ح ٢؛ فإنّ فيه قول الإمام عليه السلام: «ليس في مال اليتيم زكاة إلّا أن يتجر به فإن أتجر به، فالريح لليتيم، و إن وضع فعلى الذي يتجر به». و هكذا ح ٣- ٨ من هذا الباب. و هكذا الوسائل ١٢: ١٩٠ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، ح ١- ٥.

موسوعة أحكام الأبطال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٢٨

و يشتري له شيئاً بأقل من قيمته؛ لما قلناه «١».

و له أن يبيعه بمثل قيمته و بأقل من قيمته مقدار ما يتغابن الناس فيه عادةً، و له أن يشتري له شيئاً بمثل قيمته و بأكثر من قيمته قدر ما يتغابن الناس فيه عادةً «٢».

و قال في موضع آخر: «إن الأب أو الجد إذا اشترى مال الصغير لنفسه أو باع مال نفسه من الصغير بمثل قيمته أو بأقل جاز. و لو فعل الوصي ذلك لا يجوز عند محمد أصلاً، و عند أبي حنيفة و أبي يوسف إن كان خيراً لليتيم جاز، و إلا فلا» ٣. و به قال الزيلعي الحنفي «٤».

ب- الشافعية

و جاء في المهذب للشيرازي: «يجوز أن يتجر في ماله؛

لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال: ألا من ولي يتيماً له مال فليتجر له بماله و لا يتركه حتى تأكله الصدقة» «٥»

«٦». ثم قال في موضع آخر: «إن أراد أن يبيع ماله بماله، فإن كان أباً أو جدّاً جاز ذلك؛ لأنهما لا يتهمان في ذلك لكمال شفقتهما، و إن كان غيرهما لم يجز؛ لما روى أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال:

لا يشتري الوصي من مال اليتيم «٧».

و لأنه متهم في طلب الحظ

(١) أي لأنه نفع محض له فيملك الولي.

(٢) (٢-٣) بدائع الصنائع ٤: ٣٥١ و ٣٥٢.

(٤) تبيين الحقائق ٥: ٢٢١.

(٥) الأموال لأبي عبيد: ٥٤٧ ح ١٢٩٩، و فيه: فليتجر له فيه. سنن الترمذي ٣: ٣٢ ح ٦٤٠، شرح السنّة ٤: ٣٦ ح ١٥٨٩ و فيهما: فليتجر فيه، سنن الدارقطني ٢: ٩٥ ح ٩١٥١، و فيه: فليتجر له. السنن الكبرى للبيهقي ٥: ٥٢٤ ح ٧٤٣٣ و فيه: فليتجر له فيه.

(٦) المهذب للشيرازي ١: ٣٢٨.

(٧) قال النووي: «قال ابن حجر في تلخيص الحبير: لم أجد هذا الحديث». المجموع ١٤: ١٣٧، و كذا في هامش العزيز شرح المهذب ٥: ٨١.

موسوعة أحكام الأبطال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٢٩

له في بيع ماله من نفسه، فلم يجعل ذلك إليه «١».

و قال النووي: «و للناظر في مال الصبي أن يتجر في ماله؛ سواء كان الناظر أباً، أو جدّاً، أو وصياً، أو سلطاناً، أو أميناً من قبل الحاكم» «٢».

و قريب من هذا ما جاء في كلام الماوردي «٣» و الخطيب الشربيني «٤» و غيرهما «٥».

ج- المالكية

قالوا: إن للأب بيع مال ولده المحجور عليه مطلقاً عقاراً كان أو منقولاً، و لا يتعقب بحال و لا يطلب منه بيان سبب البيع؛ لأن تصرفه محمول على المصلحة «٦».

و أما الوصي، فلا يبيع عقار محجوره إلا لسبب يقتضى بيعه؛ كنفقة و وفاء دين لم يوجد لهما غير العقار، أو كون بيعه غبطة؛ بأن زيد

فى ثمنه الثلث فأكثر، أو كونه يؤخذ عليه توظيفاً؛ أى تجبى عليه جباية، أو كون غلته قليلة، فبيع و يشتري من ثمنه عقار أكثر غلته، أو لخوفٍ عليه من ظالم أو غيرها «٧».

و كذلك يبيع الحاكم كالوصى مال المحجور عند الضرورة، كالنفقة و وفاء الدين و نحوهما.

(١) المهذب للشيرازى ١: ٣٣٠.

(٢) المجموع شرح المهذب ١٤: ١٢٤.

(٣) الحاوى الكبير ٦: ٤٥٠.

(٤) مغنى المحتاج ٢: ١٧٤.

(٥) العزيز شرح الوجيز ٥: ٨٠، روضة الطالبين ٣: ٤٧٦-٤٧٧.

(٦) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣: ٢٩٩-٣٠٠، بلغة السالك «شرح الصغير» ٣: ٢٤٥، مواهب الجليل ٦: ٦٤٩-٦٥٢، حاشية الخرشى ٦: ٢٤٣، حاشية البناني على شرح الزرقانى ٥: ٣٠١، تبيين المسالك ٣: ٥٢٩ و ٥٢٦، عقد الجواهر الثمين ٢: ٦٣٠، التاج و الإكليل ٦: ٦٥٥.

(٧) نفس المصدر السابق.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٣٠

د- الحنابلة

يجوز عندهم أيضاً أن يتصرف الولي في أموال الصبي بالمصلحة، فله أن يتجر بماله، و التجارة بماله أولى من تركه، و استدلوا بما روى عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال:

«من ولي يتيماً له مال فليتجر له فيه، و لا يتركه حتى تأكله الصدقة» «١».

و متى أتجر في مال الصبي بنفسه فالربح كله لليتم؛ لأنّ الربح نماء مال اليتيم، فلا يستحقّه غيره إلّا بعقد، و المضارب إنّما يستحقّ بعقد، و لا يجوز أن يعقد الولي المضاربة مع نفسه لنفسه «٢».

قال ابن قدامة: «و يجوز أن يشتري له العقار؛ لأنّ الحظ فيه يحصل منه الفضل و يبقى الأصل، فهو أحظ من التجارة و أقلّ غرراً» «٣».

و هكذا قالوا: إنّ للأب بيع ماله بماله؛ لأنه غير متهم عليه لكمال شفقتة، و ليس ذلك للوصي و لا للحاكم؛ لأنهما متهمان في طلب الحظ لأنفسهما، فلم يجز ذلك لهما «٤»

(١) تقدّم تخريجه.

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد ٢: ١٠٨-١٠٩، المغنى ٤: ٢٩٣، و الشرح الكبير ٤: ٥١٩ و ٥٢٠ و ٥٢٣ و ٥٢٤، الإقناع ٢: ٢٢٤ و ٢٢٥، الإنصاف ٥: ٣٢٥-٣٢٦.

(٣) المغنى ٤: ٢٩٣، الشرح الكبير ٤: ٥١٩ و ٥٢٠.

(٤) المصادر المتقدمة.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٣١

المبحث الثاني: الفروع التي تنشأ من ولاية الأولياء على أموال الصغار

الأول: قال في التذكرة: «و هل للوصي بيع مال الطفل و المجنون من نفسه، و بيع مال نفسه منه؟ منع منه جماعة من علمائنا، و الشافعي أيضاً لقوله صلى الله عليه و آله و سلم:

لا يشتري الوصي من مال اليتيم» (١)

. و الأقرب عندي الجواز، و التهمة منتفية مع الوثوق بالعدالة، و لأنّ التقدير أنّه بالغ في النصيحة، و لا استبعاد في كونه موجباً و قابلاً كما في الأب و الجدّ. إذا عرفت هذا فهل للأب و الجدّ للأب ذلك؟ الأولى ذلك، و به قال الشافعي؛ لأنّ شفقتهما «٢» عليه يوجب المناصحة. و كذا يبيع الأب و الجدّ عن أحد الصغيرين و يشتري للآخر» (٣).

و في الشرائع: «الأب و الجدّ للأب يُمضى تصرفهما... فيجوز أن يبيع عن ولده من غيره، و عن نفسه من ولده، و عن ولده من نفسه» (٤)

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٨١ الطبعة الحجرية.

(٢) مقتضى التعليل انحصار الجواز بالأب و الجدّ، مع أنّ الملاك في جواز البيع أو الشراء بالنسبة إلى الوصي هو انتفاء التهمة، و هذا الملاك عامّ حتّى بالنسبة إلى غير الأب و الجدّ من الحاكم أو أمينه أو عدول المؤمنين. و هكذا يدلّ عليه إطلاق ما دلّ على نفوذ التصرف للمؤمن العادل، إلّا أن يقال: إنّ الحكم فيه تكليفيّ و ليس من قبيل الولاية حتّى يتمسك بعمومه، و كيف كان، الظاهر من المحقق و الجواهر أنّ جواز وقوعه لأحد طرفي العقد منحصر بالأب و الجدّ، مع أنّ العلامة قد صرح للوصي أيضاً؛ فإذا قلنا للمؤمن العدل ولاية، فيجوز له أن يبيع مال الصبي عن نفسه بما يكون مصلحة له. م ج ف.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٨١، الطبعة الحجرية.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٣٢

و به قال في المسالك (١).

و في الجواهر في شرح كلام المحقق: «بلا خلاف محقق في المقام، أو معتدّ به أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى السيرة و نصوص تقويم جاريته عليه «٢...» و إطلاق ما دلّ على ولايته الشامل لذلك البيع و عدم اختصاصها بالعقد مع الغير» (٣).

و جاء في البيان في فقه الشافعي: «و يجوز للأب و الجدّ أن يبيعا مالهما من الصبي و يشتريا ماله بأنفسهما إذا رأيا الحظّ له في ذلك؛ لأنّهما لا يتهمان في ذلك- إلى أن قال: - و أمّا غير الأب و الجدّ من الأولياء كالوصي و أمين الحاكم، فلا يجوز أن يبيع ماله من الصبي و يتولّى طرفي العقد، و لا يجوز أن يشتري ماله بنفسه» (٤).

و كذا عند الحنفية (٥).

و في الشرح الكبير: «و لا يجوز أن يشتري- أي الولي- من مالهما شيئاً لنفسه و لا يبيعهما إلّا الأب؛ لأنّه غير متهم عليه لكمال شفقتة. و به قال أبو حنيفة و مالك و الأوزاعي و الشافعي و زادوا الجدّ» (٦).

الثاني: قال العلامة في القواعد: «يجب حفظ مال الطفل و استنماؤه قدرماً لا تأكله النفقة على إشكال» (٧).

و لكن جزم في نكاح التذكرة بأنّه «يجب على الولي حفظ مال الطفل؛ لأنّ الله

(١) مسالك الأفهام ٣: ١٦٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٨ الباب ٧٩ من أبواب ما يكتسب به، ح ١ و ٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٢: ٣٢٤ مع تصرف يسير.

(٤) البيان في مذهب الإمام الشافعي ٦: ٢١٦-٢١٧.

(٥) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٢.

(٦) الشرح الكبير ٤: ٥١٩.

(٧) قواعد الأحكام ٢: ١٣٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٣٣

تعالى جعله قيماً عليه ناظراً في مصالحه و تحصيل منافعه، و دفع المفسد عنه، فيجب عليه مراعاة حاله في حفظ ماله، و صونه عن أسباب التلف، و عليه استنماؤه بحيث لا تأكله النفقة و المؤمن إن أمكن ذلك، و لا تجب عليه المبالغة في الاستنماء و طلب النهاية فيه. و لو طلب متاعه بأكثر من ثمنه و جب بيعه، إلا أن تقتضى المصلحة إبقاءه، و لو كان هناك متاع يُباع بأقل ثمنه و للطفل مال و جب أن يشتريه مع المصلحة و الغبطة، إلا أن يرغب الولي في شرائه لنفسه فيجوز.

و ما يحتاج الطفل إلى إبقائه و حفظ ثمنه لا يجوز بيعه و إن طلب بالزيادة، و العقار الذي يحصل منه قدر كفايته لا يباع. و كذا في طرف الشراء، قد يكون الشيء رخيصاً لكن يكون في معرض التلف، أو يتعدّر بيعه لقلّة الراغب فيه فلا يشتريه الولي؛ لأنه يكون ثقله على الطفل» (١).

و لم يرجح ابن العلام ذلك في الإيضاح، حيث قال: «ينشأ الإشكال من أنه اكتساب لا يجب، و من أنه منصوب للمصلحة، و هذه من أتم المصالح، و لأنه مفسدة و ضرر عظيم على الطفل و نصب المولى لدفعها، و بهذا يبنى على أن هذا هل هو مصلحة أو أصلح، و على الثاني هل يجب أم لا؟ و قد حَقّق ذلك في علم الكلام» (٢).

نقول: الظاهر لزوم التفصيل في المسألة، و القول بأنه يجب على الولي حفظ مال الطفل عن التلف، بحيث لو لم يقدم على هذا كان عاصياً و معاقباً، و لكن لا يجب (٣)

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٦٠٩، الطبعة الحجرية.

(٢) إيضاح الفوائد ٢: ٥٣.

(٣) إلا إذا طلب المتاع بأكثر من ثمنه و لا- تقتضى المصلحة إبقاءه، و بعبارة أخرى: الاستنماء ابتداءً لا دليل على وجوبه، و أما في فرض الطلب هكذا فمن مصاديق لزوم رعاية المصلحة. م ج ف.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٣٤

عليه استنماء مال الطفل و طلب الزيادة فيه.

و الدليل على هذا أن الله - تعالى - جعل الولي قيماً على الطفل ناظراً في مصالحه، و هذا يجعله يوجب أن يكون مكلفاً في دفع الضرر و المفسد عن نفس الطفل و ماله، فيجب عليه مراعاة حاله و حفظ ماله؛ لأنه لا معنى بأن يقال: إن الولي قيم و ناظر و لا يجب حفظه و حفظ ماله عن التلف.

بتعبير آخر: إن جعل الشارع القيمومة للطفل أثراً، و هو إلزام القيم برعاية مصالحه، و منها: حفظ ماله عن التلف، و إن لم نقل بذلك يكون جعل القيمومة بلا أثر و لغواً.

و ممّا ذكرنا ظهر أنه إن تلف مال الطفل في زمان قيمومة الولي فليس عليه ضمان؛ لأنه لم يكن موجباً لإتلافه بحيث يصدق أن يُقال: إن الولي أتلف مال الطفل و إن كان عاصياً في عدم حفظه مال الطفل.

و أمّا وجوب استنماء مال الطفل و طلب الزيادة فيه، فلا يجب على الولي؛ لأنه اكتساب و تكليف زائد و لا دليل عليه، فنحكم بعدم وجوبه للأصل.

و هذا هو الظاهر من كلام المحقق الثاني، حيث قال- في ذيل كلام العلامة في القواعد «و استنماؤه قدرأ لا تأكله النفقة على إشكال» - : «ينشأ من أن ذلك اكتساب مال الطفل و لا يجب، و من أن ذهب ماله في النفقة ضرر عظيم، و فائدة نصب الولي دفع الضرر، و ربما بنى الحكم على أن الواجب الأصلح، أم تكفى المصلحة، و الأصح عدم الوجوب» «١».

و اختاره أيضاً في مفتاح الكرامة بأنه قال: «أصح عدم الوجوب». و استدلل بأن «الواجب على الوصي فعل ما فيه مصلحة؛ بمعنى دفع الضرر، و لا يجب

(١) جامع المقاصد ٥: ١٨٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٣٥

عليه الأصلح» «١».

و يدل أيضاً على عدم وجوبه ما ورد في خبر

أسباط بن سالم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كان لي أخ هلك فأوصى «فوصي خ ل» إلى أخ أكبر مني و أدخلني معه في الوصية، و ترك ابناً له صغيراً و له مال، أفضرب به أختي؟ فما كان من فضل سلمه لليتيم، و ضمن له ماله، فقال: «إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلا بأس به، و إن لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم» «٢».

حيث قال عليه السلام:

«لا بأس به»

و لم يقل: فليتجر به، أو يضارب، أو يجب عليه، أو نحو ذلك مما يدل على الوجوب.

و مثله خبر

أبي الربيع قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون في يديه مال لأخ له يتيم و هو وصيه، أ يصلح له أن يعمل به؟ قال: «نعم، كما يعمل بمال غيره و الربح بينهما». قال: قلت: فهل عليه ضمان؟ قال: «لا، إذا كان ناظراً له» «٣».

و لعلنا لما ذكرنا عدل العلامة عن نظره الشريف فقال في حجر التذكرة: «للولي أن يتجر بمال اليتيم و يضارب به، و يدفعه إلى من يضارب له به، و يجعل له نصيباً من الربح، و يستحب له ذلك؛ سواء كان الولي أباً أو جدّاً له، أو وصياً، أو حاكماً أو أمين حاكم. و به قال علي عليه السلام و عمر و عائشة و الضحّاك، و لا- نعلم فيه خلافاً إلّا ما روى عن الحسن البصري كراهة ذلك؛ لأنّ خزّنه» «٤»

أحفظ و أبعد من التلف» «٥».

الثالث: أيضاً في التذكرة: «يجب على الولي الإنفاق على من يليه بالمعروف،

(١) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٠ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

(٣) وسائل الشيعة ٦: ٥٨ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ٦.

(٤) خزّن الشيء خزّناً جعله في خزائنه، لسان العرب ٢: ٢٥٢، المعجم الوسيط: ٢٣٣.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٠، الطبعة الحجرية.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٣٦

و لا يجوز له التقتير عليه في الغاية، و لا الإسراف في النفقة، بل يكون في ذلك مقتصد، أو يجرى الطفل على عادته و قواعد أمثاله من نظرائه، فإن كان من أهل الاحتشام أطمعه و كساه ما يليق بأمثاله من المطعم و الملبوس. و كذا إن كان من أهل الفاقة و الضرورة

أنفق عليه نفقة أمثاله» (١).

و كذا فى وسيلة النجاة» (٢) و تحريرها» (٣) و تفصيل الشريعة، و زاد أنه «لو أسرف فى ذلك يكون ضامناً للزيادة، كما أنه لو قتر يكون معاقباً عليه، بل لو صار التقدير سبباً للمرض و الكسالة المستلزمة صحتها للمخارج لا يبعد أن يقال بضمان تلك المخارج حتى تتحقق الصحة» (٤).

و هو مقتضى موثقة

سماعة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله - عز و جل - : (وَإِنْ تَخَالَطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ)؟ فقال: «يعنى اليتامى إذا كان الرجل يلى لأيتام فى حجره فليخرج من ماله على قدر ما يحتاج إليه، على قدر ما يخرج لكل إنسان منهم فيخالطهم و يأكلون جميعاً، و لا يرزأ» (٥) من أموالهم شيئاً، إنما هى النار» (٦).

و كذا مرسله

العيص بن القاسم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن اليتيم تكون غلته» (٧) فى الشهر عشرين درهماً، كيف ينفق عليه منها؟ قال: «قوته من

(١) نفس المصدر ٢: ٨٢، الطبعة الحجرية.

(٢) وسيلة النجاة ٢: ١٠١.

(٣) تحرير الوسيلة ٢: ١٦.

(٤) تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٣٠٨.

(٥) رزاه ماله: أى أصاب منه شيئاً فنقصه، المعجم الوسيط: ٣٤١.

(٦) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٨ الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.

(٧) الغلة: كل شىء يحصل من ريع الأرض أو اجرتها و نحو ذلك، المصباح المنير: ٤٥٢، و الريع الزيادة و النماء، قال الأزهرى: الريع فضل كل شىء على أصله، المصباح المنير ١: ٢٤٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٣٧

الطعام و التمر» (١).

الرابع: من يلى مال اليتيم من ولى أو وصى يجب أن يخرج عن الطفل من ماله جميع ما يتعلق به من الديون التى لزمته باقتراض الولي عنه، أو لزمته بأرش أو جناية، أو بسبب ديون مورثه.

فأما زكاة الفطرة، فلا تجب عليه عندنا خلافاً لبعض العامة.

و أمياً زكاة المال، ففيها قولان: أحدهما: الاستحباب» (٢ ...» و إن جنى الطفل على مال كانت فى ماله، يخرجها الوصى عنه. و إن كانت على النفس فهى خطأ مطلقاً؛ لأن عمداً الطفل عندنا خطأ ... فالديه على العاقلة.

و الكفارة فى مال الطفل على الفور ... و كذا ينفق على من عليه نفقته، فلو كان له أبوان فقيران أنفق عليهما» (٣).

نقول: سند ذكر حكم الزكاة و الخمس فى مال الصبي و كذا الكفارة فى الباب الذى عقدناه للبحث عن عبادات الطفل إن شاء الله.

الخامس: قال فى التحرير: «يجوز أن يفرد اليتيم بالمأكل و الملبوس و السكنى، و أن يخلطه بعائلته يحسبه كأحدهم، فيأخذ من ماله بإزاء ما يقابل مؤنته و لا يفضل على نفسه، بل يستحب أن يفضل نفسه عليه، و لو كان إفراده أرفق به أفرده، و كذا لو كان الرفق فى مزجه أمزجه استحباباً» (٤). و كذا فى المبسوط» (٥) و السرائر» (٦).

(١) نفس المصدر ١٢: ١٩٠ الباب ٧٤ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

(٢) قال الشيخ الطوسى: «ما يجب فيه الزكاة من أموال الطفل فعلى الوصى أن يخرج من ماله» الخلاف ٤: ١٦٥.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٢، الطبعة الحجرية.

(٤) تحرير الأحكام الشرعية ٢: ٥٤٣.

(٥) المبسوط للطوسى ٢: ١٦٣.

(٦) السرائر ٢: ٢١٣-٢١٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٣٨

و الوسيلة «١» و تحريرها «٢».

و زاد فى التذكرة: «فينبغى أن يتغابن - أى الولي - مع الأيتام فيحسب لكل واحد من عياله و أتباعه أكثر من أكل اليتيم و إن ساوى الواحد منهم، تحفظاً لمال اليتيم و تحرزاً من تلف بعضه، و لو تعدد اليتامى و اختلفوا كبراً و صغراً حسب على الكبير بقسطه و على الصغير بقسطه لئلا يضيع مال الصغير بقسطه على نفقة الكبير» «٣».

و قريب من هذا فى جامع المقاصد «٤» و مفتاح الكرامة «٥». و لقد أجاد فى تفصيل الشريعة حيث قال: «يجوز له - أى للولي - أن يخلطه بعائلته و أسرته و يحسبه كأحدهم، فيوزع المصارف عليهم بنسبة الرءوس و يأخذ سهم اليتيم من ماله، بل لعل هذا يكون أنفع بحاله من الأفراد و الاستقلال؛ لأن التوزيع موجب لقلّة مصارف اليتيم نوعاً... هذا بالإضافة إلى المأكل و المشروب. و أما الملبوس فحيث إنّه لا معنى للتوزيع فيه غالباً، فالحساب على كل على حدة. و أما المسكن لو لم يكن اليتيم واجداً له بالإرث و نحوه، فاللازم فيه أيضاً رعايته ما هو صلاح له من الاشتهار و الاستئجار و الأفراد و المخالطة» «٦».

و يدلّ عليه موثقة سماعه المتقدمة؛ لأنّ الإمام عليه السلام قال فيها:

«إذا كان الرجل يلى لأيتام فى حجره فليخرج من ماله على قدر ما يحتاج إليه، على قدر ما

(١) وسيلة النجاة ٢: ١٠١.

(٢) تحرير الوسيلة ٢: ١٦.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٢، الطبعة الحجرية.

(٤) جامع المقاصد ٥: ١٩١.

(٥) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٩.

(٦) تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٣٠٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٣٩

يخرجه لكلّ إنسان منهم فيخالطهم و يأكلون جميعاً» الحديث «١».

و خبر

□ □
أبى الصباح الكناني، عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال: قلت: أ رأيت قول الله - عزّ و جلّ -: (وَإِنْ تَخَالَطُوهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ) قال: «تخرج من أموالهم قدر ما يكفيهم، و تخرج من مالك قدر ما يكفيك، ثم تنفقه». قلت: أ رأيت إن كانوا يتامى صغاراً و كباراً، و بعضهم أعلى كسوة من بعض، و بعضهم آكل من بعض و مالهم جميعاً، فقال: «أما الكسوة فعلى كلّ إنسان منهم ثمن كسوته، و أما الطعام فاجعلوه جميعاً؛ فإنّ الصغير يوشك أن يأكل مثل الكبير» «٢».

و كذا يدلّ عليه رواية تفسير القمى «٣».

السادس: جاء في المبسوط: «و يستحب له - أى للولئى - أن يشتري بماله - أى اليتيم - العقار «٤»؛ لأنه يحصل فيه الفضل و يبقى الأصل، و لا- يشتره إلما من ثقة أمين يؤمن جحوده أو حيلته فى إفساد البيع؛ بأن يكون قد أقرّ لغيره قبل البيع و ما أشبه ذلك، و يكون فى موضع لا- يخاف هلاكه؛ بأن لا يكون بقرب الماء فيخاف غرقه أو فى معترك بين طائفتين من أهل بلد فيخاف عليه الحريق و الهدم» «٥».

و كذا فى التحرير «٦».

و زاد فى التذكرة: «لأنه يحصل منه الفضل و لا يفتقر إلى كثير مئونه و سلامته

(١) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٨ الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٨ الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

(٣) نفس المصدر، ح ٦.

(٤) العقار مثل سلام كل ملك ثابت له أصل، كالدار و النخل. قال بعضهم: و ربما اطلق على المتاع، و الجمع عقارات و العقار بالفتح. المصباح المنير: ٤٢١.

(٥) المبسوط للطوسى ٢: ١٦٢.

(٦) تحرير الأحكام الشرعية ٢: ٥٤٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٤٠

متيقنه، و الأصل باق مع الاستنماء، و الغرر فيه أقلّ من التجارة، بل هو أولى منها؛ لما فى التجارة من الأخطار و انحطاط الأسعار، فإن لم يكن فى شرائه مصلحة إمّا لفضل الخراج و جور السلطان، أو إشراف الموضع على البوار لم يجز «١».

السابع: يجوز أن يبنى عقارة، و يستجدّه إذا استهدم من الدور و المساكن؛ لأنه فى معنى الشراء، إلّا أن يكون الشراء أنفع فيصرف المال إليه، و يقدمه على البناء.

و إذا أراد البناء بنى بما فيه الحظّ لليتيم، و يبنيه بالآجر و الطين. و إن اقتضت المصلحة البناء باللبن «٢» فعل، و إلّا فلا ... و بالجملة: يفعل الأصلح ... و الأولى البناء فى كلّ بلد على عادته «٣».

الثامن: قال الشيخ فى المبسوط: «إن كان له - أى لليتيم - عقار لم يجز لوليه أن يبيعه إلّا عند الحاجة بالصغير إلى ثمنه لنفقته و كسوته، و لا يكون له وجه غيره من غلّه و أجره عقار فيباع بقدر الحاجة، أو يكون فى بيعه غبطة «... ٤».

و كذا فى القواعد «٥»، و علله فى التذكرة بأنّ الولئى مأمور بفعل ما فيه الحظّ و المصلحة لليتيم، و بيع عقاره يكون تفويتاً للحظّ و المصلحة عليه، فلا يجوز إلّا أن احتج إلى بيعه فجاز «٦».

و قال المحقق العاملى - فى شرح كلام الماتن فى المقام - «كأن يكون به ضرورة إلى كسوة أو نفقة، أو قضاء دين أو ما لا بدّ منه، و لا تندفع حاجته إلّا بالبيع

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٨١، الطبعة الحجرية.

(٢) اللّبن: المضروب من الطين يبنى به دون أن يطبخ، المعجم الوسيط ٢: ٨١٤.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٨١، الطبعة الحجرية، المبسوط للطوسى ٢: ١٦٢.

(٤) المبسوط للطوسى ٢: ١٦٢.

(٥) قواعد الاحكام ٢: ١٣٦.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٨١، الطبعة الحجرية.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٤١

و الجزئيات لا تنضبط، فالمدار على الحاجة مع المصلحة» (١).

و الحاصل: أن تصرف الأولياء في أملاك الأيتام بالبيع و الشراء مقيد بوجود المصلحة أو عدم المفسدة على ما بيناه سابقاً، و بيع عقار اليتيم من دون حاجة يكون على خلاف مصلحته، بل يوجب ضرراً و مفسدة عليه، فلا يجوز تكليفاً؛ بمعنى أنه إن باع الولي العقار أو غيره من دون حاجة إلى البيع و على خلاف مصلحة اليتيم كان عاصياً؛ لأن فعله يوجب ضرراً عليه و هو محرم، و كذا لا ينعقد البيع وضماً؛ بمعنى أنه إن عصى و أوجب البيع لم يصح و لم يخرج المبيع عن ملك اليتيم، و لا تترتب عليه آثار الملك للمشتري؛ لأن في فرض المسألة لم يكن الولي مجازاً للتصرف لا شرعاً، فإن تصرفه شرعاً مقيد بالمصلحة، و لا من ناحية المالك - أي اليتيم - حيث إنه لم يكن أهلاً للإجازة، فلا وجه للقول بصحة البيع.

و مما ذكرنا ظهر أنه لا وجه للقول بكراهة بيع العقار من دون حاجة و مصلحة لليتيم، كما اختاره العلامة في التحرير «٢».

و لعله لما ذكرنا عدل عن رأيه في التذكرة و القواعد كما ذكرنا.

التاسع: قال في التذكرة: «إذا باع الأب أو الجد عقار الصبي أو المعنون و ذكر أنه للحاجة، و رفع الأمر إلى الحاكم، جاز له أن يسجل على البيع و لم يكلفهما إثبات الحاجة و الغبطة؛ لأنهما غير «٣» متهمين في حق ولدهما. و لو باع الوصي أو أمين الحاكم لم يسجل الحاكم إلا إذا قامت البيّنة على الحاجة أو الغبطة» (٤). و كذا

(١) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٩.

(٢) تحرير الأحكام الشرعية ٢: ٥٤٢.

(٣) كلمة «غير» لم تكن في النسخة المطبوعة، و الأصح ما أثبتناه كما في مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٩.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٨١، الطبعة الحجرية.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٤٢

في تحرير الأحكام «١». و اختاره الشيخ الطوسي في المبسوط «٢».

نقول: الأقوى ما اختاره بعض الفقهاء من التفصيل بين ما إذا كان الوصي موثقاً عند الحاكم، فيقبل قوله و يسجله عملاً لظاهر الحال، و بين ما إذا لم يكن كذلك فلا يقبل إلا بعد إقامة البيّنة.

قال في تحرير الوسيلة: «و أمّا غيرهما كالوصي فلا يسجله إلا بعد ثبوتها عنده على الأحوط، و إن كان الأقرب جواز تسجيله مع وثاقته عنده» (٣).

و كذا في تفصيل الشريعة «٤».

العاشر: جاء في المبسوط: و إذا بلغ الصبي و قد باع الأب أو الجد - عقاره - فادعى أنه باعه من غير حاجة و لا غبطة كان القول قول الأب أو الجد، و إن كان وصياً أو أميناً كان القول قول الصبي، و وجب على الوصي أو الأمين البيّنة» (٥).

و اختاره في التحرير «٦».

و زاد في التذكرة بأن «القول قول الأب و الجد مع اليمين، و عليه - أي على الصبي - البيّنة؛ لأنه يدعى عليهما خلاف الظاهر؛ إذ الظاهر من حالهما الشفقة و عدم البيع إلا للحاجة، و لو ادّعا على الوصي أو الأمين فالقول قوله في العقار و عليهما البيّنة؛ لأنهما مدعيان فكان عليهما البيّنة، و في غير العقار الأولى ذلك أيضاً لهذا الدليل» (٧).

- (١) تحرير الأحكام ٢: ٥٤٢.
- (٢) المبسوط للطوسي ٢: ١٤٣.
- (٣) تحرير الوسيلة ٢: ١٥.
- (٤) تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٣٠٣-٣٠٤.
- (٥) المبسوط للطوسي ٢: ١٤٣.
- (٦) تحرير الأحكام الشرعية ٢: ٥٤٢.
- (٧) تذكرة الفقهاء ٢: ٨١، الطبعة الحجرية.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٤٣
- و أفتى فى القواعد بقبول قول الوصى أيضاً فى البيع لكنّه على إشكال «١».
- نقول: إذا كان الوصى أو أمين الحاكم موثقاً، فالقول قوله، و الأقوى عدم الفرق بين الأب و الجدّ و غيرهما فى هذا الحكم، و الدليل عليه ما سنذكره دليلاً للحكم فى الفرع الحادى عشر، فانتظره.
- الحادى عشر: جاء أيضاً فى المبسوط: إن ادعى «أى الولي» أنه أنفق عليه أو على العقار قبل من الأب أو الجدّ بلا بينة، و لا يقبل من الوصى و لا الأمين إلّا ببيّنة، و قيل: إنّه يقبل منهما أيضاً بلا بينة؛ لأنّهما مأموران و هو الأولى؛ لأنّه يشقّ عليهما إقامة البيّنة على الإنفاق، و لا يشقّ على البيع، فلاجل ذلك قبل قولهما فى هذا و لم يقبل فى الأوّل «٢» أى فى البيع.
- و فى التذكرة: «كان القول قول الأب و الجدّ للأب مع يمينه إلّا أن يكون مع الابن بينة، و إن كان وصياً أو أميناً قبل قوله فيه مع اليمين و لا يكلفان البيّنة...»
- لتعذر إقامة البيّنة على ذلك- إلى أن قال: - لأنّ الظاهر من حال العدل الصدق و هو أمين عليه، فكان القول قوله مع اليمين، و لو ادعى خلاف ما تقتضيه العادة فهو زيادة على المعروف و يكون ضامناً. و كذا لو ادعى تلف شىء من ماله فى يده بغير تفريط، أو أنّ ظالماً قهره عليه و أخذه منه، قدّم قوله مع اليمين؛ لأنّه أمين. أمّا لو ادعى الإنفاق عليه منذ ثلاث سنين، فقال الصبى: ما مات أبى إلّا منذ سنتين قدّم قول الصبى مع اليمين؛ لأنّ الأصل حياة أبيه، و اختلافهما فى أمر ليس الوصى أميناً فيه، فكان القول قول من يوافق قوله الأصل مع اليمين «٣»

- (١) قواعد الأحكام ٢: ١٣٦-١٣٧.
- (٢) المبسوط للطوسي ٢: ١٤٣.
- (٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٢، الطبعة الحجرية.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٤٤
- و اختاره فى التحرير «١». و كذا فى القواعد «٢»، و لم يحكم بلزوم اليمين من الأب و الجدّ لإثبات مدّعيهما، إلّا أنّه قال فى القواعد: بقبول قول غير الأب و الجدّ على إشكال.
- و قال المحقق فى باب الوكالة: «أمّا الوصى، فالقول قوله فى الإنفاق؛ لتعذر البيّنة فيه... و كذا القول فى الأب و الجدّ و الحاكم و أمينه مع اليمين إذا أنكر القبض عند بلوغه و رشده» «٣». و اختاره فى المسالك «٤» و جامع المقاصد «٥» و مفتاح الكرامة «٦» و الجواهر «٧».

و فى تحرير الوسيلة: «لو ادعى الولي الإنفاق على الصبى أو على ماله...»

و أنكر بعد البلوغ أصل الإنفاق أو كفيّته، فالقول قول الولي مع اليمين، و على الصبى البيّنة «٨» و كذا فى تفصيل الشريعة «٩».

و بالجملة: فالظاهر أنه لا خلاف بينهم في أنه يقبل قول الأب و الجدّ و الوصيّ و أمين الحاكم بشرط كونهما موثّقين في الإنفاق على الأيتام بالمعروف، و تلف شيء من أموال الصغار بغير تفريط و إن اختلفوا في قبوله مع اليمين أو بلا يمين، و عند بعضهم يقبل قولهم في بيع مال اليتيم لمصلحته، و هكذا في كلّ أمر يساعده ظاهر الحال.

(١) تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٥٤٢.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ١٣٦-١٣٧.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٥.

(٤) مسالك الأفهام ٥: ٢٩٩.

(٥) جامع المقاصد ٥: ١٩٤ و ج ٨: ٣١٧.

(٦) مفتاح الكرامة ٥: ٢٧٢ و ج ٧: ٦٥٠.

(٧) جواهر الكلام ٢٧: ٤٣٣.

(٨) تحرير الوسيلة ٢: ١٦، كتاب الحجر، مسألة ١٦.

(٩) تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٣٠٨-٣٠٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٤٥

و يدلّ عليه أوّلاً: أن الأولياء أمناء بالنسبة إلى ذلك فيقبل قولهم، أشار إليه في الجواهر و ادّعى بأنّه لا خلاف فيه «١».

و ثانياً: لعسر إقامة البيّنة على الإنفاق في كلّ وقت يحتاج إليه، فيستلزم العسر و الحرج «٢»، كما صرّح به في المسالك «٣».

و ثالثاً: بأنّ الأصل صحّة تصرفات المسلم المالك لذلك التصرف.

جاء في الإيضاح: «لا شكّ أنّ القول قوله في الإنفاق بالمعروف؛ لعسر إقامة البيّنة في كلّ وقت على الإنفاق و عسر ضبطه، و لا في أنّ القول قوله في التلف من غير تفريط، للأصل؛ و لأنّه أقوى من الودعي، و لا في أنّ القول قول الأب في أنّ القرض أو البيع للمصلحة؛ لأنّه غير متّهم في حقّ ابنه و عليه الإنفاق، و الإشكال في غيره، و منشؤه أصالة صحّة تصرفات المسلم المالك لذلك التصرف، و لأنّه موضوع لفعل ما يعتقد أنّه مصلحة، فلا يمكن إقامة البيّنة عليه، و لأنّ دعواه بصلاحيّة التصرف دعوى عدم التعدّي، و هو الأصل و القول قوله فيه» «٤».

و يمكن أيضاً استئناس هذا الحكم- أى قبول قول الوليّ في البيع و الإنفاق- من النصوص المتقدّمة، حيث حكم فيها بجواز بيع الوليّ، كقوله عليه السلام في صحیحته على بن رثاب:

«لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم...»

الحديث «٥».

و قوله عليه السلام في معتبرة أو صحیحته محمد بن مسلم:

«لا بأس به من أجل أن أباه

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٤٣٣.

(٢) «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَ لَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ». سورة البقرة ٢: ١٨٥، «وَ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ». سورة الحجّ ٢٢: ٧٨.

(٣) مسالك الأفهام ٥: ٢٩٩.

(٤) إيضاح النافع ٢: ٥٤.

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ٢٦٩ الباب ١٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٤٦

قد أذن له في ذلك و هو حيّ» (١).

و غيرها «٢».

و حكم بجواز الإنفاق على الأيتام من مالهم، كما هو مقتضى موثقة سماعه؛ لأنه قال عليه السلام:

«إذا كان الرجل يلى لأيتام في حجره فليخرج من ماله على قدر ما يحتاج إليه، على قدر ما يخرج له لكل إنسان منهم فيخالطهم و يأكلون جميعاً» (٣).

و خبر أبي الصباح الكناني؛ لقوله عليه السلام:

«تخرج من أموالهم قدر ما يكفيهم، و تخرج من مالك قدر ما يكفيك، ثم تنفقه» (٤).

و غيرها «٥».

و بالجملة: يستأنس من الحكم بجواز بيع أموال الأيتام و الإنفاق عليهم من الجدّ و الوصيّ صحتهما و إن خالفهم الأيتام بعد بلوغهم بعدم المصلحة في البيع، أو عدم الإنفاق على المعروف.

بتعبير أوضح: الحكم بجواز البيع من الوصيّ قبل بلوغ اليتيم، و إثبات صحته و كونه عن مصلحة، مع إقامة البيّنة بعد بلوغه مع مخالفة اليتيم لا يجتمعان، و كذا لا يجتمع جواز الإنفاق عليهم، مع الحكم بلزوم إثبات كونه عن معروف إلى إقامة البيّنة إن ادعى اليتيم عدم كونه كذلك بعد بلوغه.

و يمكن أن يقرّر بأن يقال: حيث إن تصرفات الوصيّ مشروطة برعاية المصلحة لليتيم، بمعنى أن الشارع جعل الولاية له كذلك، فإذا لم يكن البيع لمصلحة اليتيم، لم يصحّ شرعاً و لم يكن الوصيّ مجازاً لأن يوقعه.

على هذا، النصوص المتقدمة التي تدلّ على جواز البيع و الإنفاق، تدلّ

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من أبواب أحكام الوصايا، ح ١.

(٢) نفس المصدر ١٢: ١٩١ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به.

(٣) نفس المصدر ١٢: ١٨٨ الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.

(٤) نفس المصدر ح ١.

(٥) نفس المصدر ١٢: ١٩٠ الباب ٧٤ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٤٧

على الجواز مع رعاية المصلحة مطلقاً؛ أي سواء خالف اليتيم بعد بلوغه أم لا، فالزام الوليّ - الجدّ أو الوصيّ - بإقامة البيّنة أو اليمين لإثبات كون البيع للمصلحة و الإنفاق على وجه المعروف لا يساعد هذا الإطلاق.

و الحاصل: أنه يقبل قول الوليّ؛ سواء كان أباً أو جدّاً أو وصيّاً في البيع للمصلحة و الإنفاق بالمعروف و القرض لهم، و كذا في تلف شيء عندهم من دون أن يحتاجوا إلى إقامة البيّنة. و الأحوط أن يقبل قولهم مع اليمين، خصوصاً فيما صدر من الوصيّ، فنحكم بقبول قوله مع اليمين و جوباً كما قال به كثير من الفقهاء «١» عند اختلاف الوصيّ مع الصغير بعد بلوغه في أصل النفقة أو مقدارها، أو بأن الإنفاق كان زائداً على المعروف.

نعم، إذا خالفهم الأيتام بعد بلوغهم و أقاموا البيّنة طبقاً لدعواهم فيقدم قولهم، من باب تقديم البيّنة على الأصل، و نذكر تفصيل ذلك في الباب الذي عقدناه للبحث عن دعاوى الأطفال إن شاء الله.

و مما ذكرنا ظهر أنه لا فرق فيما ذكر بين الوصيّ و غيره.

قال فى مفتاح الكرامة: «لا- فرق بين الإنفاق و البيع للمصلحة و القرض لها و التلف من غير تفریط، كما أنه لا- فرق فى ذلك بين الوصيّ و غيره من الأولياء» (٢)

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٢، الطبعة الحجرية، جامع المقاصد ١١: ٢٨٩، تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٨٣، الدروس الشرعية ٢: ٣٢٨، وسيلة النجاة ٢: ١٥١، تحرير الوسيلة ٢: ١٠٢ مسألة ٥٨، مهذب الأحكام ٢٢: ٢٢٦، و الأصل فى جميع هذه الصور قاعدة كل مدع يسمع قوله فعليه اليمين، و المراد من سماع قوله عدم تكليفه بالبيئة أو بحجة أخرى فى الحكم له، و يسمع قول الوصيّ فى هذه المواضع مع يمينه، و هذه القاعدة من قواعد باب القضاء؛ بمعنى أن الحاكم فى مقام الحكم إذا سمع قول مدع و لا يطلب منه البيئة فلا يحكم له إلا بعد اليمين.

(٢) مفتاح الكرامة ٧: ٦٥٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٤٨

آراء فقهاء أهل السنة فى اختلاف الوصيّ مع الصغير

اتفق الفقهاء من أهل السنة على أنه إذا اختلف الوصيّ مع الصغير بعد بلوغه، فقال الوصيّ: أنفقت عليك، و قال الصبى: لم تنفق عليّ، فالقول قول الوصيّ؛ لأنه أمين، و تتعدّر عليه إقامة البيئة على النفقة (١). و كذا إذا اختلفا فى قدر النفقة، فقال الوصيّ: أنفقت عليك فى كل سنة مائة دينار، و قال الصبى: بل أنفقت عليّ خمسين ديناراً، فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إن كان ما يدّعيه الوصيّ هو النفقة بالمعروف فالقول قوله؛ لأنه أمين، و إن كان أكثر من النفقة بالمعروف فعليه الضمان (٢).

و هكذا لو ادّعى الطفل بعد البلوغ و الرشد أن الوصيّ خان فى بيع ماله؛ بأنه باعه من غير حاجة و لا غبطة فيصدق الوصيّ.

قال الغزالي: «فالقول قول الوصيّ فإنه أمين، و الأصل عدم الخيانة» (٣). و كذا فى حاشية رد المحتار (٤).

و إذا اختلفا فى قدر مدّة الإنفاق؛ بأن قال الوصيّ: مات أبوك من عشر سنين و أنفقت عليك فيها، و قال الصبى: بل مات أبى من ثمانى سنين و أنفقت عليّ ثمان سنين، يقدّم قول الصبى؛ لأن الأصل عدم موت الأب فى الوقت الذى يدّعيه الوصيّ، و أيضاً يمكن للوصيّ إقامة البيئة على ذلك بخلاف قدر النفقة (٥). و أمّا إذا

(١) المهذب للشيرازى ١: ٤٦٤، المجموع شرح المهذب ١٦: ٤٣٧-٤٣٨، العزيز شرح الوجيز ٧: ٢٨٢، منهاج الطالبين ٢: ٣٧٩، روضة الطالبين ٥: ٣٨٠، البيان ٨: ٣١٤، الكافى فى فقه أحمد ٢: ٢٩٣، الإقناع ٢: ٢٢٨، كشاف القناع ٣: ٥٣٢، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٤١٠، حاشية الدسوقي ٤: ٤٥٦، المدونة الكبرى ٦: ٢٥، تكملة البحر الرائق ٩: ٣٢٨، أحكام الصغار: ٣٦١.

(٢) المنابع المتقدمة كلّها، و كذا منتهى الإرادات ٢: ٥٠٩، و عقد الجواهر الثمينه ٣: ٤٣٣.

(٣) الوجيز ١: ٤٦٢، العزيز شرح الوجيز ٧: ٢٨٣.

(٤) حاشية رد المحتار ٦: ٧١٩.

(٥) المهذب ١: ٤٦٢، البيان ٨: ٣١٤، كشاف القناع ٣: ٥٣٢، حاشية الدسوقي ٤: ٤٥٦ و كثير من المصادر المتقدمة.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٤٩

اختلفا فى دفع المال إلى الصبى بعد البلوغ و الرشد، فادّعى الوصيّ أنه دفع إليه، و أنكر الصبى، فذهب الشافعية و المالكية إلى أنه صدق الصبى بيمينه على الصحيح (١).

و أما الحنابلة، فإنهم فصّلوا بين ما كان الوصيّ متبرّعاً، فيقبل قوله في دفع المال إلى الصبّي بعد بلوغه و رشده؛ لأنّه أمين أشبه المودّع، و بين ما إذا لم يكن متبرّعاً بل بأجره، فلا يقبل قوله في دفعه المال إليه، بل يقدّم قول اليتيم «٢».

و قال الحنفية: إنّ القول قول الوصّي إذا قال: دفعت إلى الصبّي ماله بعد البلوغ و الرشد «٣»

- (١) المدوّنة الكبرى ٦: ٢٥، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٤٣٣، حلية العلماء ٦: ١٤٩، العزيز شرح الوجيز ٧: ٢٨٣، مغنى المحتاج ٣: ٧٨.
- (٢) الإقناع ٢: ٢٢٩، كشاف القناع ٣: ٥٣٢.
- (٣) حلية العلماء ٦: ١٤٩، بدائع الصنائع ٤: ٣٥٢، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٤١٠، البحر الرائق ٩: ٣٢٧-٣٢٨.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٥٠

المبحث الثالث: المصالحة بمال الطفل

إشارة

الظاهر أنّه لا خلاف بينهم في أنّه يجوز للوليّ المصالحة «١» بمال الصبّي إن يراها مصلحة له.

قال الشيخ رحمه الله: «متى كان لليتامى على إنسان مالٌ جاز لوليّهم أن يصالحه على شيء يراه صلاحاً في الحال و يأخذ الباقي، و تبرأ بذلك ذمّة من كان عليه المال» «٢».

و في الوسيلة: «إن كان لليتيم مالٌ على الغير و رأى له الغبطة في المصالحة عليه، جاز له أن يصالح و كان الصلح ماضياً» «٣». و اختاره في التذكرة «٤»

(١) المصالحة اسم من الصلح بمعنى السّلم، جاء في المعجم الوسيط: ٥٢٠ صلحه مصالحة، و صلاحاً: سالمه و صافاه، يقال: صلحه على الشيء، أى سلك معه مسلك المسالمة في الاتفاق. و أمّا في الاصطلاح، قال العلامة: «الصلح عقد سائغ شرع لقطع التجاذب، إلّا ما أحلّ حراماً، أو حرّم حلالاً، كالصلح على استرقاق حرّ» قواعد الأحكام ٢: ١٧٢.

و كذا في الحدائق الناضرة ٢١: ٨٣-٨٤ و زاد «الظاهر أنّه لا خلاف بين أصحابنا رضوان الله عليهم في أنّه لا يشترط في صحّة الصلح سبق نزاع». و كذا في جامع المقاصد ٥: ٤٠٧.

و قال في الجواهر ٢٦: ٢١١: «الصلح عقد شرع لقطع التجاذب و التنازع بين المتخاصمين، إلّا أنّ ذلك فيه من الحكم التي لا يجب أطرادها مثل المشقّة في حكمه القصر و نقصان القيمة في الردّ بالعيب... و غيرها من الحكم التي لا تقتضى تخصيصاً أو تقييداً؛ لعموم الدليل أو إطلاقه المقتضى ثبوت الحكم في غير محلّها.

و جاء في بعض كتب أهل السنة أنّ الصلح معاقدة يرتفع بها النزاع بين الخصوم، و يتوصّل بها إلى الموافقة بين المختلفين، كما في تبين الحقائق ٥: ٢٩، البحر الرائق ٧: ٤٣٤، روضة الطالبين ٣: ٤٨٢، نهاية المحتاج ٤: ٣٨٢، شرح منتهى الإرادات ٢: ٤٤٧، كشاف القناع ٣: ٤٥٥، انظر الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٧: ٣٢٣.

(٢) النهاية للطوسي: ٣٦٢.

(٣) الوسيلة لابن حمزة: ٢٨٠.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٢، الطبعة الحجرية.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٥١

و جاء في السرائر: «أما الولي، فجائز له مصالحة ذلك الغريم إذا رأى ذلك صلاحاً للأيتام؛ لأنه ناظرٌ في مصلحتهم، و هذا من ذاك إذا كان لهم فيه صلاحٌ.

فأقرباً من عليه المال؛ فإنّ ذمته لا- تبرأ إن كان جاحداً مانعاً، و بذل دون الحقّ و أنكر الحقّ، ثمّ صالحه الولي على ما أقرّ له به، أو أقرّ بالجميع و صالحه على بعض، فلا تبرأ ذمته من ذلك، و لا يجوز للولي إسقاط شيء منه بحال؛ لأنّ الولي لا يجوز له إسقاط شيء من مال اليتيم؛ لأنّهُ نصب لمصالحه و استيفاء حقوقه، لا لإسقاطها، فيحمل ما ورد من الأخبار، و ما ذكره بعض أصحابنا، و أودعه كتابه على ما قلناه و حرّره أولاً؛ من أنّه إذا رأى الصلاح الولي في مصالحة الغريم فيما فيه لليتيم الحظ، فجائز له ذلك، و لا يجوز فيما عداه ممّا ليس له الحظّ فيه و الصلاح» «١».

قال العلامة: «هذا القول جيد، لكن كلام الشيخ لا ينافي ذلك؛ فإنّه قال:

يجوز للولي أن يصالح على شيء يراه صلاحاً، و هو عين ما قاله ابن إدريس» «٢».

أدلة جواز المصالحة بمال الطفل

يدلّ على هذا الحكم نصوص:

منها: إطلاق صحيحة

حفص بن البختري، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الصلح جائز بين الناس» «٣».

و منها: ما رواه الصدوق رحمه الله من أنّ

«الصلح جائز بين المسلمين» «٤».

و منها: رواية

عبد الرحمن بن الحجاج و داود بن فرقد جميعاً، عن أبي عبد الله عليه السلام

(١) السرائر ٢: ٢١٣.

(٢) مختلف الشيعة ٥: ٦٧.

(٣) (٣-٤) وسائل الشيعة ١٣: ١٦٤ الباب ٣ من أبواب الصلح، ح ١ و ٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٥٢

قالا: سألتنا عن الرجل يكون عنده المال لأيتام، فلا يعطيهم حتّى يهلكوا، فيأتيه وارثهم و وكيلهم فيصلحه على أن يأخذ بعضاً و يدع بعضاً و يبرئه ممّا كان، أ يبرأ منه؟ قال: «نعم» «١».

و منها: خبر

سهل، عن أبيه قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل أوصى بدين فلا يزال يجيء من يدعى عليه الشيء فيقيم عليه البيّنة و يحلف، كيف تأمر فيه؟ قال: «أرى أن يصالح عليه حتّى يؤدّي أمانته» «٢».

و دلالة الأخيرين على جواز المصالحة بمال اليتيم ظاهرة لا ستره عليها.

و منها: صحيحة

عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله - عزّ و جلّ -:

(فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) «٣» قال: «المعروف هو القوت، و إنّما عنى الوصيّ أو القيم في أموالهم و ما يصلحهم» «٤».

تدلّ على أنّ الولي نصب لحفظ أموال الصبيّ و رعايته مصالحه، و الفرض أنّ المصالحة بماله في بعض الأحوال تكون من جملة

مصالحه، فكان جائزاً بمقتضى هذه الصحيحة، و هو المطلوب.

عدم تبرئة ذمة من عليه الحق

النصوص المتقدمة كانت دليلاً لجواز المصالحة، أما براءة ذمة من عليه الحق فلا دليل عليها، ولقد أجاد العلامة في بيان ذلك، حيث قال في التحرير:

«الوجه ما قاله ابن إدريس من أن الصلح جائز للولي مع المصلحة، أما من عليه الحق، فلا يجوز له منعه من باقى المال إذا كان ثابتاً فى ذمته، و ليس للولى

(١) (١، ٢) نفس المصدر ١٣: ١٦٧ الباب ٦ من أبواب الصلح، ح ١ و ٢.

(٣) سورة النساء ٤: ٦.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٤ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٥٣

إسقاطه بحال» (١).

و فى التذكرة: «الوجه أن يقول: إن كان ما فى ذمة الغريم أكثر و علم بذلك لم تبرأ ذمته؛ إذ لا مصلحة لليتيم فى إسقاط ماله، و لا تبرأ ذمة الوصى أيضاً، أما إذا كان المدعى عليه منكرًا للمال و لا بينة عليه فصالح الوصى برأت ذمته دون ذمة من عليه المال. و لو كان من عليه المال لا يعلم قدره فصالح على قدر لا يعلم ثبوته فى ذمته أو ثبوت ما هو، أو أزيد أو أقل، صح الصلح و برأت ذمته، و ينبغى له الاحتياط و تغليب الأكثر فى ظنه.

و للوصى أن يصلح من يدعى على الميت إن كان للمدعى بينة، أو علم القاضى بدعواه، و إلا لم يجز» (٢).

و فى الوسيلة (٣) للسيد الاصفهاني و تحريرها (٤): «لو كان للصغير مال على غيره جاز للولى أن يصلحه عنه ببعضه مع المصلحة، لكن لا يحل على المتصلح باقى المال، و ليس للولى إسقاط بحال».

و قال ابن الجنيد: «و لو كان الوصى المدعى حقًا لليتيم و له به بينة، لم يكن له أن يصلح منه على بعض حق اليتيم، و لو لم يكن له بينة و بذل الخصم اليمين، جاز الصلح، و متى وجد الوصى أو اليتيم بينة بحقه، انتقض الصلح و رجع على المدعى عليه بحقه، و كان مال الصلح مردوداً على المدعى عليه، أو مقاصاً به من الحق عليه».

(١) تحرير الأحكام الشرعية ٢: ٥٤٤.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٥، الطبعة الحجرية.

(٣) وسيلة النجاة ٢: ١٠١.

(٤) تحرير الوسيلة ٢: ١٥ مسألة ١٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٥٤

و عقب عليه فى المختلف: «و فى ذلك نظر؛ فإنه لو جاز للصبي الرجوع لجاز للبالغ (للبائع خ ل)؛ إذ صلح الولي ملزم كصلح الرجل، على أنه لا يخلو من قوة» (١).

و لعله لمراعاة المصلحة فى مال اليتيم.

حكم المصالحة بمال الصبي عند فقهاء أهل السنة

تجوز المصالحة بمال الصبي عندهم في الدعاوى، و صرح بعضهم إن كان للمدعى بينه يجوز ذلك، و بعض آخر لم يشترطه، فإليك نص كلماتهم:

ففي المبسوط: «إذا كان للصغير دار أو عبد، فادعى رجل فيه دعوى، فصالحه أبوه على شيء من مال الصبي، ينظر في ذلك، فإن كان للمدعى بينه، و كان ما أعطى الأب من مال الصبي مثل حق المدعى أو أكثر مما يتغابن الناس فيه جاز؛ لأن سبب الاستحقاق للمدعى ظاهر شرعاً، فالأب بهذا الصلح يصير كالمشتري لتلك العين لولده بماله، و الأب غير متهم في حق ولده، فعند ظهور الحق للمدعى بالبينه إنما يقصد النظر للصبي، و ربما يكون له في العين منفعة لا يحصل ذلك بقيمته، و إن لم يكن له بينه لم يجز الصلح من الصبي؛ لأن المدعى ما استحق شيئاً على الصبي بمجرد دعواه».

ثم قال: «و وصى الأب في هذا بعد موت الأب كالأب، و كذلك الجد و وصى الجد» (٢). و به قال الأستروشنى (٣). و في الإنصاف في الفقه الحنبلى: «يصح الصلح عما ادعى على مولاه، و به بينه»

(١) مختلف الشيعة ٦: ١٨٢-١٨٣ مسألة ١٢٤.

(٢) المبسوط للسرخسى ٢٠: ١٧٨.

(٣) أحكام الصغار: ٢٥٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٥٥

على الصحيح من المذهب» (١).

و قال بعض آخر منهم بعدم جوازها إلّا في حال الإنكار و عدم البينة.

جاء في الشرح الكبير: و لا يصح الصلح ممن لا يملك التبرع كالمكاتب، و المأذون له، و ولّى اليتيم إلّا في حال الإنكار و عدم البينة؛ لأنّه تبرّع و ليس لهم التبرّع، فأما إذا لم يكن بالدين أو كان على الإنكار صح؛ لأنّ استيفاءهم البعض عند العجز عن استيفاء الكل أولى من تركه» (٢).

و به قال أيضاً الشافعية (٣) و المالكية، فقد جاء في تبين المسالك (٤): «و أمّا غير العقار فللولى التصرف فيه بتجارة و غيرها حسب ما تقتضيه المصلحة، و عليه أن يؤدى الحقوق التى على المحجور من نفقة و زكاة و نحوهما، و له أن يصلح عنه لمصلحته، أى المحجور... و الأصل فى ذلك قوله - تعالى - (وَ يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ)» (٥).

قال ابن عربى: «لما أذن الله - تعالى - للناس فى مخالطة الأيتام مع قصد الإصلاح بالنظر لهم و فيهم، كان ذلك دليلاً على جواز التصرف للأيتام كما يتصرف للأبناء» (٦)

(١) الإنصاف ٥: ٢٣٦.

(٢) الشرح الكبير ٥: ٤، المقنع: ١٢١، المبدع فى شرح المقنع ٤: ٢٧٩، كشاف القناع ٣: ٤٥٧، الإقناع ٢: ١٩٣.

(٣) الفقه المنهجى على مذهب الإمام الشافعى، المعاملات ٣: ١٥٧.

(٤) تبين المسالك ٣: ٥٣٠.

(٥) سورة البقرة ٢: ٢٢٠.

(٦) أحكام القرآن ١: ٢١٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٥٧

الفصل الثانى فى الامور التى هى من شئون الاتجار

اشارة

منهج البحث:

بعد ما جاز للولئى الاتجار و البيع و الشراء و المصالحة بمال اليتيم، جاز له المضاربة و الإيضاع و الرهن و الارتهان و القرض و الاقتراض و الإيداع و العارية و التوكيل و غيرها فى أموال الصبئى؛ لأنها من شئون الاتجار؛ لبيان هذه الأحكام عقدنا هذا الفصل، و قسّمناه إلى مباحث:

المبحث الأول: المضاربة و الإيضاع بمال اليتيم.

المبحث الثانى: الرهن و الارتهان و الإقراض و الاقتراض.

المبحث الثالث: الإيداع و العارية فى مال الصبئى.

المبحث الرابع: التوكيل و الاستنابة فى امور الصبئى.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٥٨

المبحث الأول: المضاربة و الإيضاع بمال اليتيم

اشارة

الظاهر أنه لا خلاف بين الفقهاء فى أنه يجوز للولئى المضاربة «١» بمال الصبئى.

قال فى المبسوط: «لولئى اليتيم أن يدفع مال اليتيم قراضاً إلى ثقته، فإن دفعه إلى غير الثقة فعليه الضمان» «٢».

و فى النهاية: «و من أعطى مال اليتيم إلى غيره مضاربة، فإن ربح كان بينهما على ما يتفقان عليه، و إن خسر كان ضمانه على من أعطى المال» «٣».

و أورد عليه فى السرائر: «إن كان هذا المعطى ناظراً فى مال اليتيم نظراً شرعياً

(١) ضاربه مضاربة لفلان فى ماله، اتجر له فيه أو اتجر فيه على أن له حصّة معيّنة من ربحه، المعجم الوسيط: ٥٣٦، و فى لسان العرب

٤: ١١٣؛ المضاربة أن تعطى إنساناً من مالك ما يتجر فيه على أن يكون له سهم معلوم من الربح، و كأنه من الضرب فى الأرض لطلب

الرزق، قال الله تعالى: (وَ آخِرُونَ يَضْرِبُونَ فِى الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ) (سورة المزمل ٧٣: ٢٠).

و أما فى الاصطلاح، قال فى التذكرة الطبع الحجرية ٢: ٢٢٩: «القراض - أى المضاربة - عقد شرعى لتجارة الإنسان بمال غيره بحصية

من الربح». و قال الشهيد قدس سره فى المسالك ٤: ٣٤٣: «هى مفاعلة من الضرب فى الأرض؛ لأنّ العامل يضرب فيها للسعى على

التجارة و ابتغاء الربح بطلب صاحب المال، فكأنّ الضرب مسبب عنهما طرداً لباب المفاعلة فى طرفى الفاعل، أو من ضرب كل منهما

فى الربح بسهم، أو لما فيه من الضرب بالمال و تقليبه، و يقال للعامل: مضارب - بكسر الراء - لأنه الذى يضرب فى الأرض و يقلبه، و

لم يشتق أهل اللغة لربّ المال من المضاربة اسماً. و هذه لغة أهل العراق.

و أما أهل الحجاز، فيسمونه قراضاً إما من القرض؛ و هو القطع ... فكأنّ صاحب المال اقتطع من ماله قطعةً و سلّمها للعامل ... أو من

المقارضة؛ و هى المساواة و الموازنة ... و وجهه: أن المال هنا من جهة مالكه و العمل من جهة العامل، فقد تساويا فى قوام العقد

بهما، أو لا اشتراكهما في الربح و تساويهما في أصل استحقاقه و إن اختلفا

(٢) المبسوط للطوسي ٣: ١٩٩.

(٣) النهاية للطوسي: ٤٣٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٥٩

إما أن يكون وصياً في ذلك أو ولياً، فله أن يفعل فيه ما لليتيم الحظ فيه و الصلاح، فعلى هذا لا يلزم الولي المعطى الخسران إن خسر المال، و هذا هو الذي يقتضيه المذهب، ثم وجهه ثانياً بقوله، و ما أورده شيخنا في نهايته خبر واحد «١» أورده إيراداً لا اعتقاداً، على ما كثرنا ذلك «٢».

و أجاب في المختلف عن ابن إدريس فقال: «و هذا القول ليس بجيد، لأن إعطاء القراض تغرير، فربما لزمه الضمان من هذه الحيثية».

و وجه كلام الشيخ بقوله: «و يحتمل أن يكون العامل قد فرط في سفره و تعذر تضمينه فيلزم الدافع؛ لأنه سبب» «٣».

و في التذكرة: «و إذا أئجر لهم ينبغي أن يتجر في المواضع الأمانة و لا يدفعه إلماً لأمين و لا يغرر بماله- إلى أن قال: - و يشترط في التاجر بمال اليتيم أن يكون ولياً و أن يكون ملياً، فإن انتفى أحد الوصفين لم يجز له التجارة في ماله، فإن أئجر كان الضمان عليه و الربح لليتيم و هو ضامن» «٤». و مثل هذا في التحرير «٥».

و وافقه في ذلك المحقق الثاني «٦» و السيد العاملي في مفتاح الكرامة «٧» و كذا في العروة مع التعليقات لعدده من الفقهاء العظام «٨»، و به صرح أيضاً

(١) المقصود من الخبر

ما رواه بكر بن حبيب، عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت له: رجل دفع مال يتيماً مضاربة فقال: «إن كان ربح فلليتيماً، و إن كان وضعياً فالذي أعطى ضامن».

تهذيب الأحكام ٧: ١٩٠ ح ٨٤٢، وسائل الشيعة ١٣: ١٨٩ الباب ١٠ من كتاب المضاربة، ح ١.

(٢) السرائر ٢: ٤١١.

(٣) مختلف الشيعة ٦: ٢٠٨.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٠-٨١ الطبعة الحجرية.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية ٢: ٥٤٢.

(٦) جامع المقاصد ٥: ١٩٠.

(٧) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٨.

(٨) العروة الوثقى مع تعليقات عدده من الفقهاء ٥: ٢٦٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٦٠

في المستمسك «١» و المستند «٢».

و قال الشيخ الفقيه الفاضل اللكراني: «يجوز للأب و الجد الاتجار بمال المولى عليه بنحو المضاربة بإيقاع عقدها، بل مع عدمه أيضاً؛ أى عدم لزوم إيقاع العقد و كفاية التية فقط. و كذا يجوز ذلك للوصي في مال الصغير مع ملاحظة الغبطة و المصلحة و الأمن من هلاك المال» «٣».

و في الوسيلة و تحريرها: «يجوز للمولى المضاربة بمال الطفل و إبضاعه بشرط وثاقه العامل و أمانته، فإن دفعه إلى غيره ضمن» «٤».

و هكذا يجوز للمولى اليتيم إبضاع «٥» ماله.

قال العلامة: «و يجوز لوليّ اليتيم إبطاع ماله؛ و هو دفعه إلى من يتجر به و الربح كله لليتيم؛ لأنّ ذلك أنفع من المضاربة؛ لأنّه إذا جاز دفعه بجزء من ربحه، فدفعه إلى من يدفعه جميع ربحه إلى اليتيم أولى» (٦).
و في جامع المقاصد: «و جواز ذلك منوط بالمصلحة، و لا فرق بين أن يكون المتجر بمال الطفل متبرعاً أو بالاجرة مع المصلحة» (٧).

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٤٤٦.

(٢) مباني العروة الوثقى، المضاربة و الشركة و المزارعة: ٢١٢.

(٣) العروة الوثقى مع تعليقات الشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني ٢: ٥٧٦.

(٤) وسيلة النجاة ٢: ١٠١، تحرير الوسيلة ٢: ١٦٤.

(٥) البضاعة طائفة من مالك تبعثها للتجارة. الصحاح ٢: ١٩٢، لسان العرب ١: ٢١٧، و في المصباح المنير: ٥١، بالكسر قطعة من المال تعدّ للتجارة. و عرفها الفقهاء بأنّه بعث المال مع من يتجر به تبرعاً و الربح كله لربّ المال. المقنع لابن قدامة: ١٣٢، منتهى الإرادات ٣: ٧، المغنى و الشرح الكبير ٥: ١٣١، تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٥٤٣، تذكرة الفقهاء ٢: ٨١، الطبعة الحجرية.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٨١ الطبعة الحجرية، قواعد الأحكام ٢: ١٣٦، تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٥٤٣.

(٧) جامع المقاصد ٥: ١٩١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٦١

و الحاصل: أنّه يستفاد من كلماتهم حكمان: جواز المضاربة و الإبطاع بمال الصغير، و ضمان الدافع إن دفعه إلى غير أمين.

أدلة هذين الحكمين

و أمّا دليل جواز المضاربة و الإبطاع بمال اليتيم، فالعمدة ما يثبت به عموم ولاية الأولياء، و لكن فيما إذا كان ذلك مصلحة للصبي (١). مضافاً إلى أنّه يمكن إثبات الحكمين في المقام مستنداً إلى بعض النصوص الواردة خاصّة:

١- كمعتبرة

□
أبي الربيع قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون في يديه مال لأخ له يتيم و هو وصيه، أ يصلح له أن يعمل به؟ قال: «نعم، كما يعمل بمال غيره و الربح بينهما». قال: قلت: فهل عليه ضمان؟ قال: «لا، إذا كان ناظراً له» (٢).

٢- و خبر

□
بكر بن حبيب قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل دفع إليه مال يتيم مضاربة، فقال: «إن كان ربح فلليتيم، و إن كان وضيعه فالذي أعطى ضامن» (٣).

٣- صحيحة

□
محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم و أذن له عند الوصية أن يعمل بالمال و أن يكون الربح بينه و بينهم، فقال: «لا بأس به، من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك و هو حي» (٤).

٤- خبر

خالد بن بكير الطويل قال: دعاني أبي حين حضرته الوفاة، فقال:

يا بُنَيَّ اقْبِضْ مَالَ إِخْوَتِكَ الصَّغَارِ وَ اعْمَلْ بِهِ، وَ خُذْ نِصْفَ الرِّبْحِ وَ اعْطِهِمُ النِّصْفَ، وَ لَيْسَ عَلَيْكَ ضَمَانٌ، فَقَدَّمْتَنِي أُمَّ وَ لِدَ أَبِي بَعْدَ وَفَاةِ أَبِي إِلَى ابْنِ أَبِي لَيْلَى، فَقَالَتْ:

إِنَّ هَذَا يَأْكُلُ أَمْوَالَ وَ لَدِي، قَالَ: فَاقْتَصَصْتُ عَلَيْهِ مَا أَمَرَنِي بِهِ أَبِي، فَقَالَ لِي

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٤٤٦، مبانى العروة الوثقى، كتاب المضاربة: ٢١٢.

(٢) وسائل الشيعة ٦: ٥٨ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ٦.

(٣) نفس المصدر ١٣: ١٨٩ الباب ١٠ من كتاب المضاربة، ح ١.

(٤) نفس المصدر ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٦٢

ابن أبي ليلى: إن كان أبوك أمرتك بالباطل لم أجزه، ثم أشهد على ابن أبي ليلى إن أنا حرّكته فأنا له ضامن، فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقصصت عليه قصّتي، ثم قلت له: ما ترى؟ فقال: «أما قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع ردّه، و أمّا فيما بينك وبين الله عزّ وجلّ فليس عليك ضمان» (١).

و دلالتها على جواز المضاربة بمال اليتيم صريحة، و يستفاد منها جواز الإبضاع بالأولوية القطعية.

٥- و صحيحة

ربيع بن عبد الله، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: في رجل عنده مال اليتيم، فقال: «إن كان محتاجاً و ليس له مال فلا يمسه، و إن هو أتجر به فالريح لليتيم و هو ضامن» (٢).

٦- صحيحة

محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام في مال اليتيم، قال: «العامل به ضامن، و لليتيم الربح إذا لم يكن للعامل مال». أو قال: «إن عطب أداه» (٣).

٧- صحيحة

إسماعيل بن سعد الأشعري، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال:

سألته عن مال اليتيم هل للوصي أن يعينه أو يتجر فيه؟ قال: «إن فعل فهو ضامن» (٤).

٨- صحيحة اخرى ل

محمد بن مسلم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: هل على مال اليتيم زكاة؟ قال: «لا، إلّا أن يتجر به أو تعمل به» (٥).

٩- خبر

سعيد السمان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «ليس في مال اليتيم زكاة إلّا أن يتجر به، فإن أتجر به فالريح لليتيم، و إن وضع فعلى الذى

(١) نفس المصدر ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٩١ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢ و ٣.

(٣) نفس المصدر ١٣: ٤١٨ الباب ٣٦ من كتاب الوصايا، ح ٥.

(٤) نفس المصدر ٦: ٥٧ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٦٣

يتجر به» (١).

و كذا غيرها من النصوص المستفيضة (٢).

و دلالتها على جواز الإبضاع و كذا ضمان الولي إن دفع المال إلى غير الأمين واضحة، و تدلّ على جواز المضاربة بالإطلاق.

المضاربة و الإبضاع بمال الصبي عند أهل السنة

الظاهر أنه لا خلاف بينهم في جواز المضاربة و الإبضاع بمال الصبي.

ففي المبسوط في فقه الحنفي: «الوصي يعطى مال اليتيم مضاربة و إن شاء أبضعه، لقوله - تعالى -: (قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ) «٣» و الأصلح في حقه أن يتجر بماله، و الأنفع لليتيم أن يدفعه إليه بضاعة» «٤».

و في موضع آخر: «و يجوز للوصي أن يعمل في مال الصبي مضاربة أو يدفعه إلى غيره مضاربة» «٥».

و به قال الأستروشنى «٦» و قاضيخان «٧».

و جاء في المغنى لابن قدامة من فقهاء الحنبلى: «إن لولي اليتيم أن يضارب بماله و أن يدفعه إلى من يضارب له به، و يجعل له نصيباً من الربح أباً كان أو وصياً»

(١) نفس المصدر ح ٢.

(٢) نفس المصدر ٦: ٥٤ الباب ١ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ١ و ٥ و ١٠ و الباب ٢ من هذه الأبواب ص ٥٧، ح ٣ و ٤ و ٥ و ٧ و ٨.

(٣) سورة البقرة ٢: ٢٢٠.

(٤) المبسوط للسرخسى ٢٢: ٢٠.

(٥) نفس المصدر ٢١: ٩٩.

(٦) أحكام الصغار: ١٩٢.

(٧) فتاوى قاضيخان، المطبوع في هامش الفتاوى الهندية ٢: ٢٨٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٦٤

أو حاكماً أو أمين حاكم، و هو أولى من تركه..»

و استند في هذا

«لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال:

«ألا من ولي يتيماً له مال فليتجر له و لا يتركه حتى تأكله الصدقة» «١»

«٢». و كذا في الشرح الكبير «٣» و الكافي «٤»، و قال أيضاً: «يجوز لولي اليتيم إبضاع ماله، و معناه دفعه إلى من يتجر به و الربح كله لليتيم ... لأنه إذا جاز دفعه بجزء من ربحه فدفعه إلى من يوقر الربح أولى» «٥».

و به قال البهوتى «٦» و بعض آخر «٧». و قال الرافعى: «إن القراض توكيل، فكما يجوز لولي الطفل التوكيل في أمور الطفل، كذلك يجوز لولي الطفل و المجنون أن يقارض على مالهما يستوى فيه الأب و الجد و وصيهما و الحاكم و أمينه» «٨».

و به قال النووى «٩» و الخطيب الشروينى «١٠».

و فى الحاوى الكبير: «يجوز لولي اليتيم أن يتجر له بماله على الشروط المعتبرة فيه؛ و هو قول عامة الفقهاء - إلى أن قال: - لأن الولي يقوم فى مال اليتيم مقام البالغ الرشيد فى مال نفسه، فلما كان من أفعال الرشيد أن يتجر بماله، كان الولي فى مال

(١) سنن الترمذى ٣: ٣٢ ح ٦٤٠، السنن الكبرى للبيهقى ٥: ٥٢٤ ح ٧٤٣٣.

شيرازي، قدرت الله انصاري و پژوهشگران مركز فقهی ائمه اطهار عليهم ا، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ٤ جلد، مركز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، قم - إيران، اول، ١٤٢٩ هـ ق موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها؛ ج ٢، ص: ٣٦٤ (٢) المغنى ٤: ٢٩٣.

(٣) الشرح الكبير ٤: ٥٢٠.

(٤) الكافي ٢: ١٠٨، المقنع: ١٢٦.

(٥) المغنى ٤: ٢٩٣، الشرح الكبير ٤: ٥٢١.

(٦) كشف القناع ٣: ٥٢٣.

(٧) المبدع في شرح المقنع ٤: ٣٣٨، الإقناع ٢: ٢٢٤، الإنصاف ٥: ٣٢٧، المحرر ١: ٣٤٧، الفروع ٤: ٢٤٣.

(٨) العزيز شرح الوجيز ٦: ١٨.

(٩) روضة الطالبين ٤: ٢٩٥.

(١٠) مغنى المحتاج ٢: ٣١٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٦٥

اليتيم مندوباً إلى أن يتجر بماله، ولأنّ الوليّ مندوب إلى أن يثمر ماله من يلي عليه، و التجارة من أقوى الأسباب في تدمير المال، فكان الوليّ بها أولى» (١).

و قال به أيضاً فقهاء المالكي، كما صرح بذلك في التاج و الإكليل في حاشية مواهب الجليل (٢) و الشرح الصغير للدردير (٣).
فروع:

قال في القواعد: «و هل للوصيّ أن يتجر لنفسه مضاربة؟ فيه إشكال ينشأ من أنّ له الدفع إلى غيره فجاز لنفسه، و من أنّ الربح نماء مال اليتيم فلا يستحقّ عليه إلّا بعقد، و لا يجوز أن يعقد الوليّ المضاربة مع نفسه» (٤).
و في التحرير: «فالأقرب أنّه لا تصحّ المضاربة و تكون له اجرة المثل» (٥) «٥» (٦).
و به قال بعض أهل السنّة أيضاً (٧).

و لقد أجاد المحقق الثاني في بيانه و الجواب عنه في شرحه على القواعد، حيث قال: «إنّ جواز الدفع إلى غيره جائز مع المصلحة، و إنّما جاز لكونه منوطاً بنظره، فإذا كان بيده كان أدخل في الحفظ و أقرب إلى مقتضى الوصية، فيكون جوازه

(١) الحاوي الكبير ٦: ٤٤٣ و ٤٤٤.

(٢) مواهب الجليل ٢: ٥٣٩.

(٣) بلغة السالك على الشرح الصغير ٣: ٣٩٣.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ١٣٦.

(٥) و سيأتى أنّ المشهور ذهبوا إلى جواز اقتراض الوليّ من مال اليتيم، فيمكن أن يقال: إذا كان الاقتراض جائزاً فلا تجار لنفسه جائز قطعاً، فتدبر. و أيضاً يستفاد الجواز ممّا ورد في بعض النصوص الآتية؛ من أنّه إذا كان عندك مال و ضمنته فلك الربح و أنت ضامن للمال، كما صرح به في خير منصور الصيقل، فانظر. م ج ف.

(٦) تحرير الأحكام الشرعية ٢: ٥٤٣.

(٧) المغنى لابن قدامة ٤: ٢٩٣، الشرح الكبير ٤: ٥٢٠، الكافي ٢: ١٠٨، المقنع: ١٢٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٦٦

بطريقٍ أولى.

و يرد عليه: أنه لا بدّ في الجواز من تناول الإذن له، و المتبادر من الإذن في عقد المضاربة الدفع إلى آخر.

و يجاب: بأنّ الوصيّة إليه إسناد التصرف إلى رأيه، و هو يعمّ ذلك.

و توضيح الوجه الثانى: أنّ الأصل في نماء المال أن يكون لمالكه «١»، فلا يخرج عنه و لا يستحقّ عليه الآخر إلّا بعقدٍ يقتضيه، و لا يعقد الوليّ لنفسه، إمّا لأنّ العقد يقتضى متعاقدين، أو لأنّه لا بدّ من الإذن في ذلك.

و يجاب عن الأوّل: بأنّ المتعاقدين يكفى حصولهما بالقوّة و تغايرهما بالاعتبار، و عن الثانى: بما قدّمناه من أنّ إسناد التصرف بالوصيّة يتناول كلّ تصرفٍ بالمصلحة «٢»

(١) ربما ينتفض هذا الأصل بما ورد من أنّ الزرع للزارع و إن كان غاصباً، فإنّ الزرع من نماء الأرض مع أنّه ليس لمالك الأرض، و أيضاً ينتفض بالنماء المستوفاه على القول بعدم ضمان الغاصب، فافهم. م ج ف.

(٢) جامع المقاصد ٥: ١٩٠-١٩١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٦٧

المبحث الثانى: الرهن و الارتهان و الإقراض و الاقتراض

إشارة

المشهور بين الفقهاء أنّه يجوز للوليّ رهن «١» مال الصبى و أخذ الرهن، و هكذا الإقراض و الاقتراض له إذا افتقر إلى ذلك مع مراعاة المصلحة.

قال الشيخ رحمه الله: «و أمّا رهن ماله؛ فإنّه لا يجوز إلّا أن يكون به حاجة إلى مال ينفقه عليه في كسوته و طعامه، أو يرمّ ما استهدم من عقاره، و يخاف إن تركه هلاكه و عظيم الخسران و له مال غائب يرجو قدومه، أو غلّة تدرّك إذا بيعت بطل كثير منها، فإذا تركت حتى يدرك توفّر ثمنها؛ فإنّ الوليّ يستقرض له هاهنا و يرهن من ماله و يقضيه من غلّته أو ما تقدّم عليه، و إن لم يكن له حاجة إلى شيء من ذلك و كان بيع العقار أصلح باعه و لم يرهن» «٢».

و فى الشرائع: «يجوز لولّى الطفل رهن ماله إذا افتقر إلى الاستدانة مع مراعاة المصلحة، كأن يُشْتَهَدَمَ عقاره فيروم رمّه، أو يكون له أموال يحتاج إلى الإنفاق

(١) الرهن اسم للشئ المرهون الذى يجمع على رهان، كسهم و سهام، و معناه فى اللغة الثبوت و الدوام، رهن الرجل الدابة أى أثبته و أدامه، و رهن فلان عند فلان الشئ حبسه عنده بدين. يقال: رهنته لسانى أى كفتته و حبسته، فهو مرهون و رهين، المعجم الوسيط: ٣٧٨، المصباح المنير: ٢٤٢.

و عرّفه الفقهاء: بأنّه وثيقه دين المرتهن، أو عقد شرّع لاستيثاق على الدّين، تذكرة الفقهاء ١٣: ٨٧، شرائع الإسلام ٢: ٧٥، قواعد الأحكام ٢: ١٠٨، الدروس الشرعية ٣: ٣٨٣، جامع المقاصد ٥: ٤٤، الأحكام الواضحة للشيخ الفقيه الفاضل اللنكرانى: ٣٥٦.

و قال فى الجواهر ٢٥: ٩٤ فى شرح كلام المحقّق قدس سره: إنّ الرهن وثيقة لدين المرتهن «لكن لا يريدون بذلك أنّه حقيقة شرعية، بل المراد حقيقة عند المتشرّعة» ثمّ ذكر المناقشات على التعريف و الجواب عنها إلى أن قال: «و على كلّ حال فلا ينبغي الالتفات إلى هذه المناقشات بعد أن كان الرهن باقياً على معناه اللغوى، و إنّما اعتبر الشارع فيه شرائط للصحيح منه، فهو حينئذ هنا حبس العين

باللفظ المخصوص».

(٢) المبسوط للطوسي ٢: ٢٠١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٦٨

لحفظها من التلف أو الانتقاص، فيرهن بذلك ما يراه من أمواله إذا كان استبقاؤها أعود» (١). و كذا في المختصر النافع (٢).

و به قال الشهيد في الدروس، حيث قال: «و يجوز لوليّ الطفل رهن ماله إذا افتقر إلى الاستدانة لإصلاح مال استبقاؤه (استيفاؤه خ ل) أعود أو لنفقته» (٣).

و كذا في اللعة (٤).

و نحو ذلك قول العلّامة: «يجوز لوليّ الطفل أن يرهن ماله إذا افتقر إلى الاستدانة مع المصلحة، مثل أن يستهدم عقاره فيحتاج في إصلاحه إلى الاستدانة أو يكون له ما يحتاج إلى الإنفاق عليه، أو تكون به حاجة إلى نفقة و كسوة، أو يخاف من تلف بعض ماله فيستدين الوليّ لحفظه و يرهن ما يراه مصلحة، و له أن يقبض الرهن مع المصلحة أيضاً» (٥).

و كذا في الإرشاد (٦) و التذكرة (٧). و به قال المحقق الأردبيلي (٨) و الشهيد في المسالك (٩) و الروضة (١٠) و المحقق العامل في مفتاح الكرامة (١١) و المحقق السبزواري

(١) شرائع الإسلام ٢: ٧٨.

(٢) المختصر النافع: ١٦٧.

(٣) الدروس الشرعية ٣: ٤٠٣.

(٤) اللعة الدمشقية: ٨٠.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية ٢: ٤٧٤.

(٦) إرشاد الأذهان ١: ٣٩٢.

(٧) تذكرة الفقهاء ٢: ١٤، الطبعة الحجرية.

(٨) مجمع الفائدة و البرهان ٩: ١٥١.

(٩) مسالك الأفهام ٤: ٣٣.

(١٠) الروضة البهية ٤: ٧٣.

(١١) مفتاح الكرامة ٥: ١١٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٦٩

في الكفاية (١). و هكذا في الجواهر (٢) و الرياض (٣) و الوسيلة (٤) و تحريرها (٥) و جامع المدارك (٦) و منهاج الصالحين (٧) و مبانيه (٨) و مهذب الأحكام (٩).

و يستفاد من كلماتهم أنّ مراعاة المصلحة إنّما تكون بحسب نظر الولي، و هي لا-تنضبط لاختلاف المصالح باختلاف الأمكنة و الأزمنة و الأحوال، كما تبه عليه في الجواهر (١٠).

أدلة جواز رهن مال الصبي

و يمكن الاستدلال لإثبات هذا الحكم بوجوده:

الأول: إطلاق قوله تعالى: (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) (١١) * حيث نهى عن القرب إلّا بالتي هي أحسن، و الفرض أنّ

فى رهن مال الصبى مصلحة له.
الثانى: إطلاق أدلة ولاية الولي الشاملة لذلك.

- (١) كفاية الأحكام: ١٠٨.
 - (٢) جواهر الكلام ٢٥: ١٦٠.
 - (٣) رياض المسائل ٥: ٣٥٨.
 - (٤) وسيلة النجاة ٢: ٩٦.
 - (٥) تحرير الوسيلة ٢: ٥٥ مسألة ٣.
 - (٦) جامع المدارك ٣: ٣٤٩.
 - (٧) منهاج الصالحين للسيد الخوئي ٢: ١٧٦.
 - (٨) مباني منهاج الصالحين ٩: ٢١٠.
 - (٩) مهذب الأحكام ٢١: ٧٧.
 - (١٠) جواهر الكلام ٢٥: ١٦٠.
 - (١١) سورة الأنعام ٦: ١٥٢.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٧٠
- الثالث: ظاهر المسالك و الجواهر الإجماع عليه، حيث قال الشهيد: «و هذا الحكم مما لا خلاف فيه عندنا، و إنما خالف فيه بعض الشافعية، فمنع رهن ماله مطلقاً» (١).
- و مثله فى الجواهر «٢». و فى مهذب الأحكام: «للإجماع و اقتضاء ولايته ذلك» (٣).
- الرابع: أنه يجوز للولي الاتجار بمال الصبى كما تقدم، و الرهن و الارتهان من شئون التجارة.
- فإذن للولي التصرف فى مال اليتيم مع المصلحة، و لا فرق فى جواز التصرف بين أقسامه، و لكن لما كان جواز ذلك الرهن مع مراعاة المصلحة التى هى الأحسن الذى نهى الله «٤» عن القرب إلى مال اليتيم بدونه، فلا بد أن يكون وضع الرهن على يد عدلٍ يجوز إيداعه منه، أو فى يد من يطمئن به عليه من التلف و نحوه «٥» و أشار إلى ذلك الشهيد الثانى أيضاً «٦».

الارتهان للصغير

مما قلنا ظهر أنه يجوز لولي اليتيم أخذ الرهن له، صرح بذلك غير واحد من الفقهاء «٧»

- (١) مسالك الأفهام ٤: ٣٣.
- (٢) جواهر الكلام ٢٥: ١٦٠.
- (٣) مهذب الأحكام ٢١: ٧٧.
- (٤) سورة الأنعام ٦: ١٥٢.
- (٥) جواهر الكلام ٢٥: ١٦٠.
- (٦) مسالك الأفهام ٤: ٣٣.
- (٧) شرائع الإسلام ٢: ٧٩، تذكرة الفقهاء ٢: ١٤، الطبعة الحجرية، تحرير الأحكام الشرعية ٢: ٤٧٤، مسالك الأفهام ٤: ٣٤، مجمع

الفائدة و البرهان ٩: ١٥١، جواهر الكلام ٢٥: ١٦٠، وسيلة النجاة للسيد أبو الحسن الاصفهاني ٢: ٩٦، تحرير الوسيلة ٢: ٥٥ مسألة ٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٧١

قال في المبسوط - بعد الحكم بجواز تصرف الأولياء على وجه الاحتياط و الحظ للصغير المولى عليه: «و الارتهان له، فلا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون في بيع ماله أو قرضه. فإن كان في بيع ماله ففيه ثلاث مسائل:

إحداها: أن يبيع سلعة تساوى مائة درهم نقداً بمائة درهم إلى أجل و يأخذ به رهناً، فهذا باطل؛ لأنه لا حظ للمولى عليه فيه.

و الثانية: أن يبيع ما يساوى مائة نقداً بمائة و عشرين، مائة نقداً يعجلها و عشرين مؤجلةً يأخذ بها رهناً، فهذا صحيح و الرهن صحيح؛ لأن فيه الحظ.

و الثالثة: أن يبيع بمائة و عشرين مؤجلةً و يؤخذ بالجميع رهناً، فمن الناس من قال: يجوز؛ لأن الولي نصب للتجارة في مال المولى عليه و طلب الفضل و الربح له، و لا يمكنه إلا هكذا. و منهم من قال: لا يجوز؛ لأن فيه تغيراً بالأصل، و الأول أصح؛ لأن الرهن وثيقة و فيه العائدة، فليس فيه تغير.

و أما القرض؛ فإنه لا يجوز إلا في موضع الضرورة؛ و هو أن يكون في البلد نهب أو حرق أو غرق يخاف على مال الصغير أن يتلف، فيجوز له أن يقرضه بشرطين:

أحدهما: أن يقرضه ثقة يؤمن أن يجحد.

و الثاني: أن يكون مليئاً يقدر على قضائه.

و أمياً أخذ الرهن به ينظر، فإن كان الحظ في أخذه أخذه، و إن كان في تركه تركه، و أخذه أحوط؛ لأن عندنا إذا تلف الرهن لا يسقط به الدين، و على هذا يجوز بيع ماله نسيئاً و أخذ الرهن به إذا كان له فيه الحظ» (١)

(١) المبسوط للطوسي ٢: ٢٠٠-٢٠١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٧٢

اشتراط كون الرهن مساوياً لمال الصغير أو أزيد

و في المسالك «١» و الروضة «٢» و الرياض «٣»: أنه يعتبر كون الرهن مساوياً أو أزيد، و كونه بيد الولي أو عدل، و الإشهاد على الحق، فلو أخل ببعض هذه ضمن مع الإمكان.

و في الكفاية: «إن الأحوط الإقراض من الثقة الملى و الارتهان و الإشهاد مع الإمكان» «٤».

و اقتصر في الشرائع «٥» و الإرشاد «٦» و اللمعة «٧» و رهن التذكرة «٨» و حجر القواعد «٩» على أنه يجوز له مع المصلحة كالخوف أن يقرضه و يرتهن.

و مقتضى كلام هؤلاء أنه مع إمكان الرهن لا يعتبر كون المقترض ثقة مليئاً؛ لانضباط الدين بالرهن.

و في حجر التذكرة: «أنه لو تمكن من الارتهان و رضى بالكفيل و لم يرتهن ضمن» «١٠»

(١) مسالك الأفهام ٤: ٣٤.

(٢) الروضة البهية ٤: ٧٤.

(٣) رياض المسائل ٥: ٣٥٨.

(٤) كفاية الأحكام: ١٠٨.

- (٥) شرائع الإسلام ٢: ٧٩.
- (٦) إرشاد الأذهان ١: ٣٩٢.
- (٧) اللعة المشقية: ٨٠.
- (٨) تذكرة الفقهاء ٢: ١٤، الطبعة الحجرية.
- (٩) قواعد الأحكام ٢: ١٣٦.
- (١٠) تذكرة الفقهاء ٢: ٨١، الطبعة الحجرية.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٧٣
- و فى الشرائع «١» و القواعد «٢» و اللعة «٣» و الروضة «٤» و المسالك «٥»: أنه لو تعدّر الرهن فى موضع الخوف و الضرورة و الحاجة أقرضه من ثقة غالباً.
- و مقتضى كلماتهم أنه إذا تعدّر الثقة لا يجوز الاقتراض.
-
- و لقد أجاد فى مفتاح الكرامة بالإيراد عليه: «بأن الإقراض أولى؛ لأنه مرجو الحصول فى الدنيا أو الآخرة، بخلاف التلف من الله سبحانه» «٦».
- و فى مجمع الفائدة و البرهان: «إن تعدّر الرهن يكتفى بالملاءة و الثقة، و مع التعدّر يسقط، و مع وجودهما يمكن تقديم الثقة، و يحتمل الملى أيضاً» «٧».
- و الحاصل: أن كل ذلك بحسب نظر الولي و ظنه و العادة و العرف.
- و قد ظهر ممّا ذكرنا فى الرهن و الارتهان حكم الإقراض و الاقتراض للصبى فلا نعيده، و لكن بقى اقتراض الولي مال الصبي لنفسه، و سنذكره قريباً إن شاء الله.

آراء فقهاء أهل السنة فى المسائل التى تقدمت

المشهور عندهم أنه يجوز للولي أن يرهن مال الصبي أو يرتهن له، و كذلك يجوز الاقتراض فى ماله و الاقتراض له مشروطاً بالشرائط التى يلزمونها، فنذكر شرطاً من كلماتهم على الترتيب التالى:

- (١) شرائع الإسلام ٢: ٧٩.
- (٢) قواعد الأحكام ٢: ١٣٦.
- (٣) اللعة المشقية: ٨٠.
- (٤) الروضة البهية ٤: ٧٤.
- (٥) مسالك الأفهام ٤: ٣٥.
- (٦) مفتاح الكرامة ٥: ١١٢.
- (٧) مجمع الفائدة و البرهان ٩: ١٥١.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٧٤

أ- الحنفية

قال فى الهداية: «إذا رهن الأب متاع الصغير فأدرك الابن و مات الأب ليس للابن أن يرده حتى يقضى الدين؛ لوقوعه لازماً من جانبه، إذ تصرف الأب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه».

و قال أيضاً: «لو رهن الوصيّ متاعاً لليّتم في دين استدانه عليه، و قبض المرتهن، ثم استعاره الوصيّ لحاجة اليّتم، فضع في يد الوصيّ؛ فإنّه خرج من الرهن و هلك من مال اليّتم؛ لأنّ فعل الوصيّ كفعله بنفسه بعد البلوغ؛ لأنّه استعاره لحاجة اليّتم. و لو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبّي؛ لأنّه متعدّد؛ إذ ليس له ولاية الاستعمال لحاجة نفسه» (١).

و فضل في المبسوط بعد الحكم بجواز الرهن من مال الصغير (٢) بين رهن الأب متاع الصغير لنفسه، و بين الوصيّ. فقال: «إذا رهن الأب من نفسه متاع الصغير فهو جائز، كما يجوز بيعه مال الصغير بخلاف الوصيّ؛ لأنّ الأب يملك التصرف مع نفسه و إن لم يكن فيه منفعة ظاهرة بخلاف الوصيّ؛ لأنّ الأب غير متهم بإغرار نفسه على الولد و الوصيّ متهم بذلك» (٣).

و في الهداية: «و إن استدان الوصيّ لليّتم في كسوته و طعامه فرهن به متاعاً لليّتم جاز؛ لأنّ الاستدانة جائزة للحاجة، و الرهن يقع إيفاءً للحقّ فيجوز، و كذلك لو اتّجر لليّتم فارتهن أو رهن؛ لأنّ الأولى له التجارة تمييزاً لمال اليّتم،

(١) الهداية ٤: ٤٧٧، أحكام الصغار: ٣٥٤.

(٢) المبسوط للسرخسي ٢١: ١٠٢.

(٣) نفس المصدر.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٧٥

فلا يجد بدءاً من الارتهان و الرهن؛ لأنّه إيفاء و استيفاء» (١).

و فضّل في البدائع بين إقراض الوليّ من مال الصبّي فإنّه لا- يجوز، بخلاف القاضى فإنّه يجوز له ذلك، حيث قال: ليس للولّي أن يقرض مال الصبّي؛ لأنّ القرض إزالة الملك من غير عوض للحال. و لكن بخلاف القاضى؛ فإنّه يقرض مال اليّتم... لأنّ توى (٢) الدين بالإفلاس أو بالإنكار، و الظاهر أنّ القاضى يختار أملى الناس و أوثقهم، و له ولاية التفحص عن أحوالهم، فيختار من لا يتحقّق إفلاسه ظاهراً و غالباً.

و كذا القاضى يقضى بعلمه، فلا يتحقّق التوى بالإنكار (٣).

و به قال السرخسي (٤) و الأستروشنى (٥) و الشيخ نظام (٦).

و فى الأب روايتان: الأولى: أنّه لا يملك الإقراض؛ لأنّه تبرّع، و ليس للصغير فيه منفعة ظاهرة.

الثانية: أنّه يملك ذلك؛ لأنّه غير متهم فى حقّ ولده (٧).

ب- الحنابلة

قال الحجاوى و البهوتى: للولّي رهنه- أى مال الصغير- عند ثقةٍ لحاجة (٨).

و فى الإنصاف: «يجوز رهن مالهما للحاجة عند ثقةٍ، و للأب أن يرتهن

(١) الهداية ٤: ٤٧٧.

(٢) التوى وزان الحصى، و قد يمدّ: الهلاك. المصباح المنير: ٧٩.

(٣) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٠.

(٤) المبسوط للسرخسي ٢١: ١٠٣.

(٥) أحكام الصغار: ١٩٢.

(٦) الفتاوى الهندية ٢: ٢٤٤.

(٧) المبسوط للسرخسي ٢١: ١٠٣، أحكام الصغار: ١٩١.

(٨) الإقناع ٢: ٢٢٥، كشف القناع ٣: ٥٢٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٧٦

مالهما- أى الصبى و المجنون- من نفسه، و لا يجوز لغيره على المذهب «١».

و قالوا أيضاً: إنَّ للولئى قرض مال الصبى لمصلحةه فيه «٢»؛ بأن يكون الثمن المؤجّل أكثر ممّا يباع به حالاً، و ذلك لحاجة سفر أو خوف على المال من نهب أو غرق أو غيرهما، فيجوز حينئذٍ و لو بلا رهن و لا كفيل به.

فإن ضاع المال أو تلف بسبب ترك الرهن و الكفيل لم يضمن الولئى؛ لأنَّ الظاهر السلامة «٣».

و فى الإنصاف: «قال فى المغنى و الشرح: يقرضه لحاجة سفر أو خوف عليه، أو غيرهما» «٤».

ج- الشافعية

جاء فى الحاوى الكبير: «فأمّا المولئى عليه لصغر أو سفه أو جنون، فلا يجوز له التصرف فى ماله برهن و لا ارتهان، و يتولئى ذلك وليه من أبيه، أو وصئى للورثة، أو أمين حاكم» «٥».

و قال الرافعى: «رهن الولئى مال الصبى و المجنون و المحجور عليه بالسفه و ارتهانه لهم مشروط بالمصلحة و الاحتياط». ثم بيّن صور المصلحة فى الرهن و الارتهان «٦».

و قريب من ذلك فى روضة الطالبين «٧» و المجموع شرح المهذب «٨»

(١) الإنصاف ٥: ٣٣٠.

(٢) الفروع ٤: ٢٤٣، الإنصاف ٥: ٣٢٨، المحرّر ١: ٣٤٧، المغنى ٤: ٢٩٥، الشرح الكبير ٤: ٥٢٢.

(٣) كشاف القناع ٣: ٥٢٤، الإقناع ٢: ٢٢٤، المغنى ٤: ٢٩٥، الشرح الكبير ٤: ٥٢٢.

(٤) الإنصاف ٥: ٣٢٨.

(٥) الحاوى الكبير ٧: ١١٤.

(٦) العزيز شرح الوجيز ٤: ٤٦٩ - ٤٧٠.

(٧) روضة الطالبين ٣: ٣٥٢ - ٣٥٤.

(٨) المجموع شرح المهذب ١٣: ٢٥٠ و ٢٥١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٧٧

و مغنى المحتاج «١».

و جاء فى المهذب: «و لا يودع ماله و لا يقرضه من غير حاجة؛ لأنّه يخرج من يده فلم يجز، فإن خاف من نهب أو حريق أو غرق، أو أراد سفراً و خاف عليه جاز الإيداع و الإقراض، فإن قدر على الإيداع دون الإقراض أودع، و لا يودع إلّا ثقة، و إن قدر على الإقراض دون الإيداع أقرضه، و لا يقرضه إلّا ثقة مليئاً؛ لأنّ غير الثقة يجحد و غير الملي لا يمكن أخذ البدل منه» «٢»، و به قال النووى «٣» و الرافعى «٤».

و هكذا يجوز للولئى أن يستقرض للصبى لحاجة إلى النفقة أو الكسوة أو لإصلاح عقاره أو مرمتها ارتقاباً لغلتها أو غيرها «٥».

د- المالكية

قال فى مواهب الجليل: «و للوصئى أن يرهن مال اليتيم رهناً فيما يتباع له من كسوة أو طعام، و ليس للوصئى أن يأخذ عروض اليتيم بما أسلفه رهناً» «٦».

و كذا فى التاج و الإكليل ٧ و الحاشية لللدسوقى «٨»، و قال ابن شاس: «يصحّ الرهن ممّن يصحّ منه البيع» «٩»

- (١) مغنى المحتاج ٢: ١٧٥.
- (٢) المهذب فى فقه الشافعى ١: ٣٢٩.
- (٣) روضة الطالبين ٣: ٤٨٠، المجموع شرح المهذب ١٤: ١٣٣.
- (٤) العزيز شرح الوجيز ٥: ٨٣.
- (٥) العزيز شرح الوجيز ٤: ٤٦٩، المجموع شرح المهذب ١٣: ٢٥١، روضة الطالبين ٣: ٣٥٣، نهاية المحتاج ٤: ٢٣٦، المهذب فى فقه الشافعى ١: ٣٣٠.
- (٦) (٦-٧) مواهب الجليل ٦: ٥٣٨.
- (٨) حاشية الدسوقى ٣: ٢٣٢.
- (٩) عقد الجواهر الثمينه ٢: ٥٨٥.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٧٨

اقتراض الولي من مال الصبي

المشهور بين الفقهاء أنه يجوز للولي الاقتراض من مال الصبي لنفسه، كإقراضه لغيره إذا كان ذلك مصلحه له.

قال الشيخ: «و متى أتجر الإنسان بمال اليتيم نظراً لهم و شفقه عليهم فربح كان الربح لهم و إن خسر كان عليهم ... و متى أتجر به لنفسه و كان متمكناً فى الحال من ضمان ذلك المال و غرامته، إن حدث به حادث جاز ذلك و كان المال قرضاً عليه، فإن ربح كان له، و إن خسر كان عليه ... و متى أتجر لنفسه بمالهم و ليس بتمكّن فى الحال من مثله و ضمانه كان ضامناً للمال، فإن ربح كان ذلك للأيتام، و إن خسر كان عليه دونهم» «١».

و جاء فى الوسيلة: «و إن أتجر لنفسه كان له الربح و عليه الخسران إذا كان ملياً بمثل المال، و إن لم يكن ملياً أو تصرف فيه غير من له التصرف كان الربح لليتيم و الخسران على المتصرف» «٢».

و قد ذكر القولين فى التحرير من دون ترجيح «٣». و فى الجامع للشرائع و حجر التذكرة اشتراط الملاءة و المصلحة للطفل «٤».

و احتمال ذلك فى المسالك «٥» و الكفاية «٦» و أنهما قالوا: إنه كإقراضه لغيره، و لأنه تصرف فى مال اليتيم و هو مشروط بالمصلحة، و احتمالاً جواز إقراضه مع عدم الضرر على الطفل و إن لم يكن له مصلحة.

- (١) النهاية للطوسى: ٣٦١-٣٦٢.
- (٢) الوسيلة لابن حمزة: ٢٧٩.
- (٣) تحرير الأحكام الشرعيه ٢: ٥٤٤.
- (٤) الجامع للشرائع: ٢٨١، تذكرة الفقهاء ٢: ٨٠-٨٣، الطبعة الحجرية.
- (٥) مسالك الأفهام ٤: ٣٥.
- (٦) كفاية الأحكام: ١٠٨.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٧٩
- و فى الجواهر «١»: «لا ينبغى التأمل فى جواز ذلك للولي فى الجملة».
- و أضاف: «أن الأحوط الاقتصار فى تصرف الأولياء على كونه الأحسن، لمقتضى إطلاق الآية الكريمة» «٢».

و قال المحدث البحراني: «متى كان ولياً مليئاً فإنه يجوز له الاقتراض من مال الطفل و الاتجار لنفسه، و أن الربح له و النقيصة عليه» «٣».

أدلة جواز اقتراض الولي من مال الصبي

و تدلّ على هذا الحكم نصوص:

منها:

ما رواه منصور بن حازم في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل ولي مال يتيماً أ يستقرض منه؟ فقال: «إنّ عليّ بن الحسين عليهما السلام قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره، فلا بأس بذلك».

و رواه أيضاً في الكافي و التهذيب بسند صحيح عن أبي الربيع، و دلالتها واضحة «٤».

و منها: خبر

منصور الصيقل قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مال اليتيم يعمل به؟ قال: فقال: «إذا كان عندك مال و ضمنته فلك الربح و أنت ضامن للمال، و إن كان لا مال لك و عملت به فالربح للغلام و أنت ضامن للمال» «٥».

و قوله عليه السلام:

«فلك الربح و أنت ضامن للمال»

يدلّ على جواز الاقتراض

(١) جواهر الكلام ٢٥: ١٦٥.

(٢) سورة الأنعام ٦: ١٥٢.

(٣) الحدائق الناضرة ١٨: ٣٣٠.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٢ الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به، ح ١، نقلًا عن الكافي ٥: ١٣١-١٣٢، ح ٥، ٦ و ٨، و تهذيب الأحكام ٦: ٣٤١ ح ٩٥٣.

(٥) وسائل الشيعة ٦: ٥٨ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٨٠

من مال اليتيم، و لكن اعتبرت الملاءة في الرواية.

و منها: خبر

أبي العطار الخياط قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: مال اليتيم يكون عندى فأتجر به؟ فقال: «إذا حرّكته فعليك زكاته». قال: قلت: فأني أحرّكه ثمانية أشهر و أدعه أربعة أشهر، قال: «عليك زكاته» «١».

و قوله عليه السلام:

«عليك زكاته»

ظاهر في الاتجار لنفسه، فيدلّ على جواز اقتراض الولي و الاتجار بمال اليتيم لنفسه.

عدم جواز الاقتراض من مال الصبي

قال ابن إدريس - بعد بيان ما قاله الشيخ في النهاية «٢» من جواز اقتراض الولي من الصبي لنفسه: - «هذا غير واضح و لا مستقيم، و لا

يجوز له أن يستقرض شيئاً من ذلك؛ سواء كان متمكناً في الحال من ضمانه و غرامته، أو لم يكن؛ لأنه أمين، و الأمين لا يجوز أن يتصرف لنفسه في أمانته بغير خلاف بيننا معشر الإمامية، و لا يجوز له أن يتجر فيه لنفسه على حال من الأحوال، و إنما أورد شيخنا ذلك إيراداً لا اعتقاداً، من جهة أخبار الآحاد» (٣).

نقول: منع ابن إدريس مردود بالنصوص الواردة في المقام كما تقدم، و لذلك قال العلامة رداً لابن إدريس: «و الوجه: أن الاقتراض إن كان مصلحةً لليتيم جاز فعله؛ لأنه يجوز له أن يقرض غيره مع المصلحة، فجاز أن يقترض معها؛ لأن مناط الجواز حصول المصلحة، و إذا اقترض خرج عن كونه أميناً في ذلك المال. و الإجماع غير مناف لذلك» (٤).

(١) نفس المصدر ٦: ٥٧ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ٣.

(٢) النهاية: ٣٦١.

(٣) السرائر ٢: ٢١٢.

(٤) مختلف الشيعة ٥: ٦٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٨١

و قال المحدّث البحراني: «منع ابن إدريس هنا من اقتراض الولي مردود بالأخبار» (١).

اقتراض الولي من مال الصبي عند فقهاء أهل السنة

قال النووي: «و لا يلزم الأب و الجدّ الارتهان من نفسيهما للصبي و الدين عليهما إن باعا ماله لأنفسهما نسيئة؛ لأنهما أمينان في حقه - ثم قال -: إذا باع الأب مال ولده من نفسه بالنسيئة لم يحتج إلى الارتهان» (٢).
و قال في موضع آخر - نقلًا عن الطبري في تفسيره «٣» -: و اختلفوا في «المعروف» الذي أذن الله جل ثناؤه لولاه أموالهم أكلها به «٤» إذا كانوا أهل فقر و حاجة إليها. فقال بعضهم: هو القرض يستقرضه من ماله ثم يرده ... و عن ابن عباس قال: هو القرض. و عن عبيدة السلماني: الذي ينفق من مال اليتيم يكون عليه قرضاً «٥».

و في نهاية المحتاج: «لا يلزم الأب و الجدّ الارتهان من نفسيهما و الدين عليهما، كأن باعا ماله لأنفسهما نسيئة؛ لأنهما أمينان في حقه» (٦).

و به قال في الروضة «٧» و العزيز شرح الوجيز «٨»

(١) الحدائق الناضرة ١٨: ٣٢٦.

(٢) المجموع شرح المهذب ١٤: ١٣٠ و ١٣١.

(٣) تفسير الطبري ٤: ١٧١.

(٤) في قوله تعالى: «وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ».

(٥) المجموع شرح المهذب ١٤: ١٣٩.

(٦) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٤: ٣٧٨.

(٧) روضة الطالبين ٣: ٤٧٧.

(٨) العزيز شرح الوجيز ٥: ٨١.

موسوعة أحكام الأطلاق و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٨٢

المبحث الثالث: إيداع «١» مال الصبى و عاريتة

إشارة

يستفاد من كلمات بعض الفقهاء- رضوان الله تعالى عليهم- أنه يجوز «٢» للولى أن يودع مال الصبى عند ثقة أمين إذا كانت فيه مصلحة و غبطة.

قال العلامة فى التحرير: «و لو أراد الولى السفر لم يصحبه «٣»، بل ينبغي إقراضه من الثقة، و لو لم يجد المقترض أودعه، و له إيداعه مع وجود المقترض، و لا ضمان عليه» «٤»، فإنه قد يكون الإيداع أنفع له من القرض.

و فى التذكرة: «و لو أراد الولى السفر لم يسافر به و أقرضه من ملىّ مأمون و هو أولى من الإيداع؛ لأنّ الوديعه لا تضمن، و لو لم يوجد المقترض بهذه الصفة أودعه من ثقة أمين، فهو أولى من السفر به؛ لأنّ موضع الحاجة و الضرورة، و لو أودعه من الثقة مع وجود المقترض الملىّ المأمون لم يكن مفراطاً و لا ضمان عليه؛ فإنه قد يكون الإيداع أنفع له من القرض» «٥».

و كذلك يستظهر من بعض كلمات الأصحاب أنه يجوز للولى إعاره «٦» مال

(١) أودع الشىء: صانه، أودعت زيدا مالاً دفعته إليه ليكون عنده وديعه، و الوديعه فعلية بمعنى مفعولة، ما استودع، و جمعها ودائع، المعجم الوسيط: ١٠٢٠، المصباح المنير: ٦٥٣. و قد عرّفها الفقهاء بأنّها استئابة فى الحفظ، شرائع الإسلام ٢ ١٦٣، تذكرة الفقهاء ٢: ١٩٦ الطبعة الحجرية، كشف الرموز ٢: ٢٤، مسالك الأفهام ٥: ٧٧، الحدائق الناضرة ٢١: ٣٩٨.

(٢) بل يجب الإيداع فيما إذا أراد السفر و لم يصحبه. م ج ف.

(٣) أى استصحاب الولى مال الصبى فى السفر.

(٤) تحرير الأحكام الشرعية ٢: ٥٤٥.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٢، الطبعة الحجرية.

(٦) أعار الشىء إعاره، أعطاه إيّاه عارية المعجم الوسيط: ٦٣٦ و العارية بالتشديد و قد يخفف فى الشعر، قال بعضهم: و هى اسم من الإعاره، سميت عارية لأنّها عار على صاحبها، أو مأخوذة من عار الفرس إذا ذهب من صاحبه لخروجها من يد صاحبها، مجمع البحرين ٢: ١٢٩٢-١٢٩٣، لسان العرب ٤: ٤٦٤.

و قد عرّفها الفقهاء بأنّها عقد ثمرته التبرع بالمنفعة، أو هى عقد شرع لإباحة الانتفاع بعين من الأعيان على وجه التبرع، شرائع الإسلام ٢: ١٧١، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٠٩ الطبعة الحجرية، مسالك الأفهام ٥: ١٣١، الحدائق الناضرة ٢١: ٤٧٦، جواهر الكلام ٢٧: ١٦١.

موسوعة أحكام الأطلاق و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٨٣

الصبى لو كان فيها الحظّ و المصلحة لليتيم، لأنّه ناظر فى مصلحته و هذا من ذاك.

جاء فى الشرائع: «لا تصحّ إعاره الصبى و لا المجنون، و لو أذن الولى جاز للصبى مع مراعاة المصلحة» «١».

و فى التحرير: «لو كان الصبى مميّزاً أو أذن له الولى فى الإعاره جاز مع المصلحة» «٢».

و كذا فى اللمعة «٣» و الإرشاد «٤».

و قال الشهيد الثانى: «قد تقدّم فى البيع أن عقد الصبى لا عبرة به و إن أذن له الولى. و إنّما جاز هنا لأنّ العارية لما كانت جائزة و لا تختصّ بلفظ، بل كلّ ما دلّ على رضا المعير «٥» و هو هنا الولى، كان إذنه للصبى بمنزلة الإيجاب، فالعبرة حينئذٍ بإذنه لا بعبارة الصبى

...و المراد بالمُعَار هنا ملك الصبى كما يدلّ عليه مراعاة المصلحة. و تتحقّق المصلحة بكون يد المستعير أحفظ من يد الوليّ فى ذلك الوقت، لخوفٍ و نحوه، أو لانتفاع الصبى بالمستعير بما يزيد عن المنفعة، أو لكون العين ينفعها الاستعمال و يضرها تركه و نحو ذلك» (٤)

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٧١.

(٢) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٢١٠.

(٣) اللعة الدمشقيّة: ٩١.

(٤) إرشاد الأذهان ١: ٤٣٩.

(٥) المدار فى العارية على رضا المالك؛ و هو الوليّ هنا.

(٦) مسالك الأفهام: ١٣٦ / ٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٨٤

و توضيح ذلك: أن إذن الوليّ لا يجعل مسلوب العبارة غير مسلوب كما هو مفروغ عنه فى غير المقام، و لكنّه يجعل إذن الوليّ فعل الصبى فعلاً للوليّ، كما جعل أمره للصبى بأفعال الحجّ موجباً للصحة فى الجملة، إلّا أن هذا الحكم مختصّ بالعارية و لا يجرى فى سائر العقود، للسيرة المعتضدة بهذه الكلمات من الأصحاب، و إرسالهم إرسال المسلمات «١».

أدلة جواز إيداع مال الصبى

و يمكن الاستدلال لإثبات هذا الحكم بإطلاق قوله تعالى:

﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ (٢) *.

لأنّ فى الفرض الإيداع و الإعارة كانا بمصلحة الصبى و يصيران موجبين لحفظ ماله، فيدخل فى الامور التى أمر الله تعالى بعدم جواز قرب مال اليتيم إلّا بها، و هو المطلوب.

و هكذا تدلّ على ذلك إطلاق ما دلّ على عموم ولايته الشامل لما نحن فيه.

و كذا يمكن الاستدلال بعموم ما ورد فى صحیحه

محمد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام؛ أى قوله: «لأنّ والده هو الذى يلى أمره» (٣).

و مثل ذلك خبر عبيد بن زرارة، عن أبى عبد الله عليه السلام ٤.

الإيداع و العارية فى مال الصبى عند فقهاء أهل السنّة

قال ابن قدامة: «إن أراد الوليّ السفر لم يكن له المسافرة بماله، و قرضه لثقة أمين أولى من إيداعه؛ لأنّ الوديعه لا تضمن إذا تلفت، فإن لم يجد من يستقرضه

(١) اقتباس من جواهر الكلام ٢٧: ١٦١.

(٢) سورة الأنعام ٦: ١٥٢.

(٣) (٣، ٤) وسائل الشيعة ١٣: ٢٩٧ و ٢٩٩ الباب ٤ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ١ و ٥.

موسوعة أحكام الأبطال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٨٥
على هذه الصفة فله إيداعه؛ لأنه موضع حاجة» (١).
و في الفروع: «و له إيداعه مع إمكان قرضه، ذكره في المغنى، و ظاهره متى جاز قرضه جاز إيداعه، و ظاهر كلام الأكثر يجوز إيداعه؛
لقولهم: يتصرف بالمصلحة، و قد يراه مصلحة، و لهذا جاز مع إمكان قرضه» (٢).
و به قال المرداوى (٣) و ابن مفلح (٤).
و في الإقناع: «و إن أراد أن يودع ماله فقرضه أولى، و إن أودعه مع إمكان قرضه جاز، و لا ضمان عليه» (٥)، و كذا في شرحه (٦).
و جاء في البيان: «فإن خاف على ماله من نهب أو غرق أو حريق و لم يقدر الولي على المسافرة به، أو أراد الولي السفر إلى موضع لا
يمكنه نقل المال إليه، أو يحتاج في نقله إلى مؤنة مجحفه جاز أن يودعه» (٧).
و به قال النووي في المجموع (٨) و روضة الطالبين (٩)، و الرافعي في العزيز (١٠) و كذا في المهذب (١١) للشيرازي.
و قال في البدائع: «و له أن يعير ماله استحساناً، و القياس لا يجوز، و جه

(١) المغنى ٤: ٢٩٦، الشرح الكبير ٤: ٥٢٢، الكافي في فقه أحمد ٢: ١٠٨.

(٢) الفروع ٤: ٢٤٣.

(٣) الإنصاف ٥: ٣٢٩.

(٤) المبدع ٤: ٣٣٩.

(٥) الإقناع ٢: ٢٢٥.

(٦) كشاف القناع ٣: ٥٢٤.

(٧) البيان في مهذب الإمام الشافعي ٦: ٢١٤.

(٨) المجموع شرح المهذب ١٤: ١٣٣.

(٩) روضة الطالبين ٣: ٤٨١.

(١٠) العزيز شرح الوجيز ٥: ٨٣.

(١١) المهذب ١: ٣٢٩.

موسوعة أحكام الأبطال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٨٦
القياس: أن الإعارة تملك المنفعة بغير عوض فكان ضرراً، و وجه الاستحسان:
أن هذا من توابع التجارة و ضروراتها فتملك بملك التجارة، و لهذا ملكها المأذون، و له أن يودع ماله؛ لأن الإيداع من ضرورات
التجارة» (١).

إيضاح

قد ذكرنا في البحث عن ولاية الأب و الجد و غيرهما على تزويج الصغار، جواز الاستنابة و التوكيل فيه خاصة، و بينا في خلال البحث
جواز الاستنابة في شئون الطفل عموماً، و منها الاستنابة و التوكيل في التصرف في أموالهم فلا نعيده.

(١) بدائع الصنائع ٤: ٣٥١ و ٣٥٢.

موسوعة أحكام الأبطال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٨٧

الفصل الثالث في إجارة الولي الصبي أو ماله

إشارة

من التصرفات التي تجوز للولي إجارة الصبي نفسه أو ماله؛ سواء كان أباً أو جدّاً أو وصياً أو حاكماً أو أمينه. قال الشيخ رحمه الله في الخلاف: «إذا آجر الأب أو الوصي الصبي أو شيئاً من ماله مدّة صحّت الإجارة بلا خلافٍ، فإن بلغ الصبي قبل انقضاء المدّة كان له ما بقي، و لم يكن للصبي فسخه» (١).
و في المبسوط: «إذا آجر الأب أو الوصي الصبي أو ماله صحّ ذلك، كما يصحّ بيع ماله، فإذا بلغ و قد بقي من مدّة الإجارة بعضها كان له فسخها فيما بقي. و قيل: إنّه ليس له ذلك، و هو الأقوى» (٢). و كذا في السرائر (٣).
و لكن قال العلامة في جملة من كتبه، كالمختلف (٤) و التحرير (٥) و التذكرة (٦)

(١) الخلاف ٣: ٥٠٠ مسألة ٢١.

(٢) المبسوط للطوسي ٣: ٢٤٠.

(٣) السرائر ٢: ٤٧٢.

(٤) مختلف الشيعة ٦: ١٢٤.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٦٩.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٣٢٧ الطبعة الحجرية.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٨٨

و القواعد (١): إنّ له الفسخ، و تبعه المحقق الثاني في شرحه عليها (٢).

و كذا المحقق الأردبيلي على وجه، حيث قال: «و لكن يحتمل عدم البطلان و كونه موقوفاً على إجازته بعد البلوغ و الرشد بناءً على جواز الفضولي» (٣).

و اختاره الشهيد الثاني في المسالك (٤) و المحقق العاملي في مفتاح الكرامة (٥) و المحقق اليزدي في العروة، و قال به أيضاً عدّة من فقهاء العصر في تعليقاتهم عليها (٦).

و قال في الشرائع: «و لو آجر الوصي صبيّاً مدّة يعلم بلوغه فيها، بطلت في المتيقن و صحّت في المحتمل، و لو اتّفق البلوغ فيه هل للصبي الفسخ بعد بلوغه؟
قيل: نعم، و فيه تردّد» (٧).

و قال الشهيد في القواعد: «لو آجر الولي الطفل مدّة، فبلغ و رشد في الأثناء، أو آجر ماله يحتمل البقاء؛ لأنّ تصرفه كان للمصلحة فيلزم، و حينئذ هل له خيار الفسخ؟ نظر، و يحتمل البطلان؛ لتبين خروج هذه المدّة عن الولاية، و هو الأقرب» (٨).
و مثل هذا في الجواهر، حيث قال- بعد نقل قول الشيخ بلزوم الإجارة

(١) قواعد الأحكام ٢: ٢٨٣.

(٢) جامع المقاصد ٧: ٩٩.

(٣) مجمع الفائدة و البرهان ١٠: ٦٧.

(٤) مسالك الافهام ٥: ٢٢٨.

(٥) مفتاح الكرامة ٧: ٩٩.

(٦) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٣١.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ١٨٨.

(٨) القواعد و الفوائد ٢: ٢٧٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٨٩

و صحّتها لو اتفق بلوغ الطفل في أثنائها- «و فيه ما عرفت من أنه بالنسبة إلى الحال المفروض ليس من أهلها و لا في محلّها، و الجهل لا مدخلية له في تغيير حكم الموضوع واقعا. نعم، لو فرض «١» إجارة الولي المدّة الزائدة على سنّ البلوغ في مصلحة الطفل قبل بلوغه كان المتّجه لزومها، و كذا الكلام في ماله، و ليس مفروض المسألة هنا كذلك» «٢».

و في تحرير الوسيلة: «لو آجر الولي الصبي المولى عليه، أو ملكه مدّة مع مراعاة المصلحة و الغبطة، فبلغ الرشد قبل انقضائها، فله نقض الإجارة و فسخها بالنسبة إلى ما بقي من المدّة، إلّا أن تقتضى المصلحة اللازمة المراعاة فيما قبل الرشد، الإجارة مدّة زائدة على زمان تحقّقه، بحيث تكون بأقلّ منها خلاف مصلحته، فحينئذٍ ليس له فسخها بعد البلوغ و الرشد» «٣».

و به قال الشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني دام ظلّه «٤».

و الحاصل: أن الفقهاء رضوان الله عليهم اتفقوا في أصل المسألة- أي جواز إجارة الولي الصبي أو ماله- و لم نجد فيها مخالفاً و إن اختلفوا في حكم بعض شقوقها التي سنذكرها خلال البحث عنها إن شاء الله.

و للتحقيق في بيان صور المسألة عقدنا هذا الفصل، و نطرح فيه مبحثين:

المبحث الأول: في إجارة الولي نفس الصبي و تمليك منافع بدنه.

(١) و الظاهر أن تشخيص المصلحة مقيدة بحال الصغر، و إنّما هو بيد الولي. و أمّا المصلحة بالنسبة إلى بعد البلوغ فليس في دائرة ولايته و تشخيصه؛ فإنّا إذا التزمنا بعدم ذلك فيستلزم ثبوت ولايته إلى آخر عمر الصبي، و هو كما ترى. م ج ف.

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٣-٣٣٤.

(٣) تحرير الوسيلة ٢: ٥٤٧ مسألة ١٢.

(٤) تفصيل الشريعة، كتاب الإجارة: ٢١٢-٢١٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٩٠

المبحث الثاني: في إجارة مال الصبي.

و نذكر في آخر هذا الفصل مبحثاً ثالثاً يرتبط بكلّ المباحث التي ذكرناها سابقاً في الفصول الثلاثة الأخيرة، و كذا بعدها، و نحقق فيه عن حكم جواز أخذ الاجرة للمتولّي من مال الطفل.

المبحث الأول: إجارة الولي نفس الصبي

إشارة

تتصوّر في المسألة ثلاث صور:

الصورة الأولى: أنه لو آجره مدّة يعلم بعدم بلوغه و رشده، فلا خلاف في صحّة الإجارة واقعا و ظاهراً؛ لأنه لا شك بأنّ للحز سلطنة على تمليك منفعه، و الولي قائم مقام الصبي في هذه السلطنة، فله السلطنة على تمليك منافع الصغير و إجارته.

الصورة الثانية: أنه لو آجره مدّة يعلم بلوغه و رشده فيها؛ فإنه تصحّ الإجارة إلى وقت البلوغ و الرشد، ثمّ يتخبر الصبي بين الفسخ و الإمضاء، مثلاً لو كان عمر الصبيّ عشراً و آجره عشراً؛ فإنّ الإجارة لا تكون لازمة بعد البلوغ، بل تتوقّف على إجازة الصبيّ بعد بلوغه و رشده؛ لأنها وقعت على ما ليس له ولاية عليه، فتصرّف الوليّ حينئذٍ فضولى إن لم يعتبر فى صحّته وجود المجيز حال العقد، و إلّا كان العقد باطلاً.

و يمكن أن يستدلّ لهذا الحكم بوجوه:

الأول: الإجماع الذى ادّعاه المحقّق الرشتى قدس سره «١».

الثانى: ما ذكره السيّد الخوئى رحمه الله من أنه لا دليل للولاية على مثل هذا التصرف،

(١) كتاب الإجارة للمحقّق الرشتى: ٣٤٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٩١

و مجرد عدم الدليل على الولاية كافٍ فى عدم النفوذ و الافتقار إلى الإجازة «١».

و قال المحقّق الرشتى: «إنّ عموم الولاية لمثل هذا المال غير ثابت» «٢».

و فى كتاب الإجارة للمحقّق الفقيه الآشتيانى رحمه الله: «و ليس فى المقام دليل على ثبوت الولاية بالنسبة إلى جميع منافع الصغير، حتّى الموجودة فى زمان كبره» «٣».

الثالث: ما ذكره المحقّق الاصفهانى قدس سره من أنّ «المنافع المصادفة لزمان كبره فهى منافع الكبير، و المفروض عدم السلطنة للولى إلّا على الصغير و منافعه لا على الكبير و منافعه، و هذا هو الوجه فى المنع. لا أنّ المنافع الآتية ليست أموالاً فعلية للصغير. فإنّ نظر المانع إن كان إلى عدم كونها مملوكة للصغير، فالمنافع التى تصادف زمان صغره أيضاً غير مملوكة له. و إن كان - نظر المانع - إلى عدم ماليتها إلّا فى ظرف وجودها؛ فإنّ الملكية تتقدّم على ذات المملوك، و المالىة منتزعة من ذات المنفعة، فلا تتقدّم عليه.

ففيه: أنّ المنافع المصادفة لزمان صغره أيضاً كذلك، مع أنّه يصحّ تملكها.

فالوجه للمنع ما ذكرناه من عدم السلطنة على تملك منافع الكبير، و لا يعقل أن تكون المنافع الآتية منافع الصغير.

إلّا أن يقال: إنّ الصغّر لو لم يكن مانعاً شرعاً لكان للصغير فعلاً تملك جميع منافع المصادفة لزمان صغره و كبره، و الشارع لمكان مانعته الصغر فى نظره جعل هذه السلطنة لوليّه. و حينئذٍ فيجاب عنه بما أجبنا به فى إجارة أملاكه من عدم

(١) مستند العروة الوثقى، كتاب الإجارة: ١٣٨.

(٢) كتاب الإجارة للمحقّق الرشتى: ٣٤٦.

(٣) كتاب الإجارة للشيخ مرتضى الآشتيانى: ٢٦٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٩٢

المقتضى للولاية المطلقة» «١».

نقول: مقصوده قدس سره أنه لم يكن لهذه الولاية مقتضى؛ لأنّ مناسبة الحكم و الموضوع تقتضى أن يجعل الشارع الحكيم للصبيّ وليّاً، لئلا يفوت عليه ما يتعلّق بنفسه و ماله من المصالح فى صغره، و المصلحة الراجعة إلى أملاكه فى زمان كبره لا تفوت بترك إجارة الوليّ، بل قابلة لأن يستوفىها الصغير بعد كبره، فلا مقتضى للولاية على مثل هذا التصرف.

و قال المحقّق الآشتيانى: «إنّ منافع الصغير قبل الإجارة ليست من الأموال، و إنّما تصير بوجودها الاعتبارى مالاً حين الإجارة لتصحيح

تعلق الملكية بها، و ليس فى المقام دليل على ثبوت الولاية بالنسبة إلى جميع منافع الصغير، حتى الموجودة فى زمان كبره و لو بوجودها الاعتبارى حال صغره. هذا، مضافاً إلى خلوها بالنسبة إلى الموجودة فى زمان كبره عمّا هو الحكمة لتشريعها من قصور الصبى؛ إذ ليس له قصور بالنسبة إلى أمواله الموجودة فى زمان كبره» (٢).

وقال الشيخ الفقيه الفاضل اللنكرانى: «منافع البدن التى يكون مقتضى إيجاره تملكها فهى تغاير الأموال، من جهة عدم كونها مملوكة على حدّ الأموال، غاية الأمر ثبوت السلطنة لنفس الحرّ على إيجاره، و الولي لا يكون إلّا قائماً مقامه عند وجود نقص فيه كالصغر و نحوه، و عليه: فدائرة الولاية محدودة بما يكون المولى عليه ناقصاً بالإضافة إليه.

و بعبارة أخرى: الولي ليس له الولاية إلّا بالنسبة إلى منافع الصغير، و المنافع بعد البلوغ لا تكون معنونة بهذه العنوان؛ لأنها ليست إلّا منافع الكبير، فالفرق بين الأموال و منافع البدن إنّما هو فى كون الأموال مملوكة للصغير فعلاً، و مقتضى الولاية

(١) بحوث فى الفقه، كتاب الإجارة: ٢٩٩، مع تصرّف يسير.

(٢) كتاب الإجارة للشيخ مرتضى الآشتياني: ٢٦٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٩٣

أو الوصاية جواز التصرّف فيها مطلقاً إذا كان موافقاً للمصلحة. و أمّا المنافع فليست منافع الصغير إلّا المقدار المقارن لزمان الصغر، و ما عداها فهو خارج عن دائرة الولاية» (١).

الصورة الثالثة: أنّه لو آجره مدّة لا يعلم بلوغه و رشده فيها (٢)، فتصحّ الإجارة بلا خلاف كما فى الخلاف (٣)؛ بمعنى الحكم بصحّته ظاهراً لتحقق الولاية المقتضية لصحة ذلك (٤).

قال المحقق الرشتي: «لأصالة عدم البلوغ» (٥) و قال الفقيه الآشتياني:

«لأصالة عدم بلوغه و رشده، و أصالة بقاء ولايته المقتضية لصحة ذلك» (٦).

وقال بعض الأعلام: «و الوجه فيه إنّما هو استصحاب عدم البلوغ الجارى فى جميع أجزاء ذلك الزمان» و أضاف بأنّه «ربما يستشكل فى ذلك تارة: من أجل أنّ احتمال البلوغ فى بعض مدّة الإجارة مع عدم ثبوت الولاية له بالإضافة إلى ما بعد البلوغ موجب لتحقق الغرر و ثبوت الجهالة؛ لأنّ مدّة الإجارة حينئذٍ غير معلومة، و لكن هذا الإشكال إنّما يبتنى على بطلان الإجارة فى الزمان المصادف للبلوغ واقعاً؛ ضرورة أنّه على فرض الصحة فى ذلك الزمان أيضاً لا يتحقق غرر (٧)

(١) تفصيل الشريعة، كتاب الإجارة: ٢١٣.

(٢) و الظاهر أنّ المقصود من هذه الصورة عدم العلم بالبلوغ و الرشده فى تلك المدّة حتى بعد تمامية المدّة؛ بمعنى أنّه بعد انقضاء المدّة لا نعلم بلوغه أو رشده، و إلّا إذا انكشف بعد الإجارة أنّ مقداراً من المدّة واقع فى زمن البلوغ فيرجع إلى الصورة الثانية، فتدبر. م ج ف.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٣، الخلاف ٣: ٥٠٠، مسألة ٢١.

(٤) القواعد و الفوائد للشهيد ٢: ٢٧٥، تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٦٩، العروة مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٣١.

(٥) كتاب الإجارة للرشتي: ٣٤٦.

(٦) كتاب الإجارة للآشتياني: ٢٦٦.

(٧) و عدم العلم بتحقيق الإجارة من الصبى بعد البلوغ لا يوجب غرراً منهيّاً عنه، و إلّا يلزم أن تكون جميع المعاملات الفضوليّة غرريّاً، و هو كما ترى. م ج ف.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٩٤

ولا تثبت جهالة أصلاً. و أخرى: بأن الأصول العمليّة التي منها الاستصحاب و إن قلنا بالإجزاء فيها في الأحكام التكليفيّة، و لكنّها لا تصلح لإثبات الأحكام الوضعيّة مع انكشاف الخلاف و عدم المصادفة للواقع، فلا مجال للتكّاء على استصحاب عدم البلوغ، و الحكم باللزوم و عدم الوقوف على الإجازة بالإضافة إلى ما بعد البلوغ أيضاً...

و الظاهر عدم ورود هذا الإشكال أيضاً؛ لأنّ ملاك الإجزاء في الأحكام التكليفيّة موجود في الأحكام الوضعيّة أيضاً؛ فإنّ مناط الإجزاء هناك هو التصرف - بمقتضى دليل اعتبار الأصل العملي - في الأدلّة الأوّليّة الدالّة على الأجزاء و الشرائط، و تعميم دائرة الشرط و الجزء بحيث لا يكون لهما اختصاص بالواقعين منهما، و هذا المنطوق موجود هنا، فإنّ مفاد دليل اعتبار الاستصحاب يرجع إلى التصرف في دليل ثبوت الولاية و تعميم دائرتها بصورة الشكّ «١» و إن كان مصادفاً للبلوغ واقعاً «٢».

جواز فسخ الصبي بعد بلوغه و رشده

لو اتفق بلوغ الصبي و رشده في مدّة الإجازة فهل له الفسخ؟ بمعنى عدم إجازته عقد الإجازة بالنسبة إلى ما بعد البلوغ لكونه حينئذٍ فضولياً.

فيه قولان بل ثلاثة أقوال:

الأول: أنّه يجوز الفسخ، و به قال جماعة، منهم: الشيخ في المبسوط في أول

(١) و بعبارة أخرى: بالاستصحاب نحرز عدم البلوغ، و الإحراز و لو كان تعديلاً يكفي في صحّة الولاية و الإجازة. م ج ف.

(٢) تفصيل الشريعة، كتاب الإجازة، ٢١٤-٢١٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٩٥

كلامه «١»، و العلامة في المختلف «٢» و التذكرة «٣» و التحرير «٤» و القواعد و الإرشاد «٥»، و الشهيد في القواعد و الفوائد «٦». و كذا في المسالك «٧» و مجمع الفوائد و البرهان «٨» و جامع المقاصد «٩» و الجواهر «١٠» و تحرير الوسيلة «١١». و كذا في العروة و التعليقات عليها إلّا السيّدان الفقيهان الاصفهاني و الكلبيگاني «١٢». و تردّد في الشرائع «١٣».

و في تفصيل الشريعة: «و الظاهر أنّ هذا الفرع إنّما يتفرّع على تقدير صحّة الإجازة في جميع المدّة المحتملة، حتى المصادفة منها للبلوغ واقعاً. و عليه: فيكون المراد بالفسخ هو الفسخ الاصطلاحي الذي موضوعه العقد الصحيح، لا الفسخ بمعنى ردّ العقد المساوق للبطلان في المقام» «١٤».

و بالجملة: علّوا هذا الحكم بأنّ العلم و الجهل لا مدخل لهما في ثبوت الولاية و عدمهما، و أنّ الولاية إنّما تكون قبل الكمال، فيكون نفوذ تصرف الوليّ مقصوراً على ذلك الزمان، و لا ولاية له فيما بعد ذلك، و أنّه ليس الصبي حينئذٍ قاصراً بالنسبة

(١) المبسوط للطوسي ٣: ٢٤٠.

(٢) مختلف الشيعة ٦: ١٢٤.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٣٢٨، الطبعة الحجرية.

(٤) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٦٩.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ٢٨٣، إرشاد الأذهان ١: ٤٢٥.

(٦) القواعد و الفوائد ٢: ٢٧٥.

- (٧) مسالك الأفهام ٥: ٢٢٨.
- (٨) مجمع الفائدة و البرهان ١٠: ٦٧.
- (٩) جامع المقاصد ٧: ٩٩.
- (١٠) جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٣.
- (١١) تحرير الوسيلة ٢: ٨٠.
- (١٢) العروة مع التعليقات لعدّة من الفقهاء ٥: ٣١.
- (١٣) شرائع الإسلام ٢: ١٨٨.
- (١٤) تفصيل الشريعة، كتاب الإجارة: ٢١٥ و ٢١٦.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٩٦

إلى السلطنة على نفسه، و إلى التصرف في ماله و محجوراً عنه كى يحتاج إلى الولي، فيكون العقد بالنسبة إليه فضولياً، و للصبي إجازته و عدمها.

قال السيد الفقيه الخوئي: «و أما بالنسبة إلى الصبي نفسه فلم يدلّ أى دليل على ولاية الولي حتى بالإضافة إلى ما بعد البلوغ. نعم، في خصوص النكاح قام الدليل على الولاية على تزويج الصبي أو الصبيّة و لو كان الزواج دائماً. و أما في غيره فلم يثبت له هذه الولاية بحيث يتمكن من إيجاره للخدمة عشرين سنة مثلاً» (١).

عدم جواز فسخ الصبي بعد بلوغه و رشده

إشارة

الثاني: أنه إذا بلغ الصبي قبل انقضاء مدّة الإجارة لم يكن له فسخها. و به قال الشيخ في الخلاف و قواه في المبسوط، و تبعه ابن إدريس (٢)، و اختاره السيد أبو الحسن الاصفهاني في وسيلة النجاة (٣). و قال قدس سره في تعليقه على العروة: «هذا القول لا يخلو من قوّة، خصوصاً في إجارة أملاكه؛ لأنّ المولّى عليه في زمان عدم بلوغه مالك لجميع المنافع حتى ما كانت بعد بلوغه، فقد وقع تصرف الولي فيما هو ملك للمولّى عليه فعلاً، فإذا كان مصلحة له كما هو المفروض نفذ و لزم، و ليس له ردّه بعد بلوغه» (٤) و وافقه السيد الفقيه الكلبيگاني ٥.

و قال السيد الحكيم: «مقتضى ولايته على الطفل في جميع ماله الولاية عليه من ماله و نفسه - صحّه ما ذكره الشيخ و أتباعه - إذ لا ريب في أنّ للإنسان السلطنة على منافعه المستقبلية، فتكون لوليّه السلطنة عليها... فالأقوى حينئذٍ عدم جواز

(١) مستند العروة الوثقى، كتاب الإجارة: ١٣٩.

(٢) الخلاف ٣: ٥٠٠ مسألة ٢١، المبسوط ٣: ٢٤٠، و السرائر ٢: ٤٧٢.

(٣) وسيلة النجاة ٢: ٥٢.

(٤) (٤، ٥) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء العظام ٥: ٣١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٩٧

فسخه، و نفوذ تصرف الولي».

و لكنّه قدس سره استشكل في آخر كلامه من جهة ثبوت إطلاق الدليل «١».

أدلة هذا القول

و يمكن أن يستدل لإثبات هذا الحكم بوجوه:

الأول: ما ذكره الشيخ قدس سره من أن الإجارة وقعت من أهلها في محلها، و من ادعى أن له الفسخ بعد بلوغه فعليه الدلالة «٢».

الثاني: أن الإجارة عقد لازم بحق الولاية، فلم تبطل بالبلوغ.

الثالث: أنه كان ولياً حين تصرّف للمصلحة، فيلزم كما لو زوجه ثم بلغ.

الرابع: استصحاب الصحة قبل البلوغ و الرشد «٣»، و ما قاله الفقيه الرشتي في ردّها: أن الكل كما ترى لا ينبغي الالتفات إليه «٤»، جيد.

الخامس: أن المستفاد من أدلة الولاية أنها قبل البلوغ مطلقه غير مقيدة بشيء غير المصلحة، فله قبل البلوغ ما للمولى عليه لو كان بالغاً

مع مراعاة المصلحة، فيكون البلوغ غاية للولاية لا قيداً لما فيه الولاية. أشار إليه السيد الفقيه الكلبايگاني «٥».

وفيه: أنه لم يثبت إطلاق أدلة الولاية على نفس المولى عليه بالنسبة إلى بعد البلوغ و لا أقل من الشك في ذلك، و هو كافٍ لعدم

صحة الإجارة في ذلك الزمان

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٣٦.

(٢) الخلاف ٣: ٥٠٠ مسألة ٢١.

(٣) مفتاح الكرامة ٧: ٩٩؛ كتاب الإجارة للمحقق الرشتي: ٣٤٧.

(٤) كتاب الإجارة، للرشتي: ٣٤٧.

(٥) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء العظام ٥: ٣١، تعليقه مسألة ٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٩٨

من رأسها، فلا يبقى محلّ للفسخ حتى يقال بأنه يجوز أم لا، و بهذا يردّ أيضاً الوجوه الأربعة المتقدمة.

القول الثالث: أنه تبطل الإجارة من رأس، لا أن الزيادة تبطل فقط، و لعلّ الوجه فيه وجود الجهالة و الغرر الناشئ من احتمال بلوغه في

كلّ جزء من الأزمنة، فلا يعلم أيّ قدرٍ من الزمان واجد لشرط الصحة، كما عن القواعد فيما لو استأجر عبداً يعلم موته قبل انقضاء

الإجارة، فحكم ببطان الإجارة من أصلها للجهالة «١».

و قال في الإرشاد: «و تبطل - أي الإجارة - بالبلوغ» «٢» و مراده قدس سره أنه يصحّ للمولى إجارة الصبي بحيث لا يكون زمان البلوغ

داخلاً في المدّة، و إلّا فتبطل الإجارة للجهالة.

و لكنّ يحتمل أن يكون مراده قدس سره من البطان كونها موقوفة على إجارة الصبي بعد البلوغ و الرشد، لا البطان من رأس «٣».

و تردّد فيه في الشرائع، حيث قال: «و لو أجر الوصيّ صبيّاً مدّة يعلم بلوغه فيها بطلت في المتيقن، و صحّت في المحتمل و لو اتفق

البلوغ فيه، و هل للصبيّ الفسخ بعد بلوغه؟ قيل: نعم، و فيه تردّد» «٤».

لأنّ فيه وجهان: أمّا وجه ثبوت الفسخ له أن زمان الولاية إنّما يكون قبل الكمال، فيكون نفوذ تصرّف الوليّ مقصوراً على ذلك الزمان

دون ما سواه، فلا ولاية له في هذا الحال، و يكون التصرّف فيه فضولياً.

(١) قواعد الأحكام ٢: ٢٨٨.

(٢) إرشاد الأذهان ١: ٤٢٥.

(٣) مجمع الفائدة و البرهان ١٠: ٦٧، جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٤، كتاب الإجارة للمحقق الرشتي: ٣٤٧.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٨٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٣٩٩

أمّا وجه عدم كون الفسخ له، أنّ الولي كان ولياً حين تصرف للمصلحة فلزم، كما لو زوجه ثم بلغ، ولأنّ الإجارة عقد لازم بحقّ الولاية، فلم تبطل بالبلوغ.

و على كلّ حال، ففي هذه المسألة لو مات أو انتقلت الولاية إلى غيره لم تبطل الإجارة به؛ لأنّ تصرف الولي بمنزلة تصرف المالك بقيامه مقامه، وقد حَقّق في محلّه أنّ المالك إذا أجر ثم مات فالإجارة بحالها، و كذا لو أجره الولي مدّة ثم انتقلت الولاية بموت، أو طرّو مانع؛ فإنّها لا تبطل؛ لأنّ الولي نائب عن المولى عليه، ففعله بمنزلة فعله، فلا يفسد بطرّو مانع كما لو فعله بنفسه «١»

(١) قواعد الأحكام ٢: ٢٨٣، جامع المقاصد ٧: ٩٩، جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٤، تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٧٠، تذكرة الفقهاء ٢: ٣٢٨، الطبعة الحجرية، مفتاح الكرامة ٧: ١٠٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٠٠

المبحث الثاني: إجارة الولي ما يملكه الصبي

إشارة

في هذه المسألة أيضاً ثلاث صور: التي تقدّم ذكرها في بيان إجارة نفس الصبي.

أمّا الصورة الاولى: فلا خلاف في صحّة الإجارة واقعاً و ظاهراً.

و أمّا الصورة الثانية: وهي أنّه لو أجر أمواله مدّة يعلم بلوغه و رشده فيها؛ فإنّه تصحّ الإجارة إلى وقت البلوغ و الرشد. و أمّا بالإضافة إلى ما بعد زمان البلوغ ففيه وجهان، بل قولان:

الأول: أنّه يبطل في الزائد بعد البلوغ؛ بمعنى أنّه لا يكون لازماً بل يتوقّف على إجارة الصبي و عدمها؛ لعدم كونه ولياً فيها، فتصرفه حينئذٍ فضولي.

قال الشيخ في المبسوط: «و متى أجر الوصي صبيّاً أو شيئاً من ماله مدّة يتيقّن أنّه يبلغ قبل مضيّها، مثل أن يكون للصبي أربع عشرة سنّة فأجره ثلاث سنين؛ فإنّه يبلغ باستكمال خمس عشرة سنّة؛ فإنّ السنّة الواحدة يكون العقد صحيحاً، و ما زاد عليه يكون باطلاً» «١».

و كذا في التحرير «٢» و التذكرة «٣». و به قال الشهيد الأوّل «٤» و المحقق الثاني «٥» و الأردبيلي «٦». و هكذا في العروة مع تعليقات عدّة من الفقهاء «٧»

(١) المبسوط للطوسي ٣: ٢٤٠.

(٢) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٦٩.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٣٢٧، الطبعة الحجرية.

(٤) القواعد و الفوائد ٢: ٢٧٥.

(٥) جامع المقاصد ٧: ٩٩.

(٦) مجمع الفائدة و البرهان ١٠: ٦٧.

(٧) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء العظام ٥: ٣١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٠١

و أما أدلّة بطلان هذه الإجارة، فقد تقدّمت فى المقام الأوّل من الإجماع، و عدم عموم الأدلّة، و عدم المقتضى لجعل هذه الولاية.

و العمدّة هنا هى أنّ المنافع المصادفة لزمان بلوغه ممّا يملكه الكبير، و لا ولاية للولّى إلّا على ما يملكه الصغير.

و لكنّ المحقّق الاصفهاني قدس سره قال فى دفع هذا الاستدلال: «إنّ المنافع المستقبلّة للدار و نحوها مملوكة لمالك العين فعلاً، و

إنّما المتأخّر ذات المملوك، لا أنّ الملكية لتدرّجيّة المنافع لا بدّ من أن تكون مقارنّة لها، لئلا يلزم ملك المعدوم كما توهم.

و عليه: فتصرّف الولّى إنّما هو فيما يملكه الصغير، لا فيما يملكه فى زمان كبره، و المفروض أنّ الولّى له ولاية التصرّف فى كلّ ما

يملكه الصغير فعلاً، فمقتضى القاعدة نفوذ تصرّفه مطلقاً و إن كان بتملك المنافع المصادفة بذاتها لزمان البلوغ «١». إلّا أنّه قدس سره

رجع عن هذا الدليل لقوله: «فلا مقتضى للولاية على مثل هذا التصرّف» ٢.

نقول: أمّا الإجماع، فلا اعتبار به؛ لكون المسألة ذات دليل. و أمّا سائر الأدلّة، فلا تنهض فى قبال الآية الكريمة: (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ

إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) «٣»؛ لأنّه لو فرض أنّ فى إجارة الولّى المدّة الزائدة على سنّ البلوغ مصلحة للطفل قبل بلوغه، مثل أن يكون

إدخال زمان البلوغ من مقدّمات حفظ ماله، فقد صرّح غير واحد بصحّة الإجارة و نفوذها على الصبّى بعد البلوغ «٤» بمقتضى إطلاق

الآية الكريمة، فلا وجه لما استدللّ به القائلون بالبطلان.

الثانى: هو صحّة الإجارة و نفوذها، و أنّه ليس للصبّى الفسخ عند ما يبلغ، و هو

(١) (١، ٤) بحوث فى الفقه، كتاب الإجارة: ٢٩٨.

(٣) سورة الأنعام ٦: ١٥٢.

(٤) تحرير الوسيلة ١: ٥٤٧، كتاب الإجارة مسألة ١٢، تفصيل الشريعة، كتاب الإجارة: ٢١٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٠٢

مقتضى إطلاق كلام الشيخ فى الخلاف، حيث قال: «إذا أجر الأب أو الوصى الصبّى أو شيئاً من ماله مدّة، صحّت الإجارة بلا خلاف،

فإن بلغ الصبّى قبل انقضاء المدّة كان له ما بقى، و لم يكن للصبّى فسخه» و استدللّ قدس سره ب «أنّ العقد على عين الصبّى أو على

ماله وقع صحيحاً بلا خلاف، فمن ادّعى أنّ له الفسخ بعد بلوغه فعليه الدلالة» «١». و وافقه فى ذلك فى السرائر «٢». و به قال المحقّق

النائينى «٣» و عدّة من فقهاء العصر «٤» و الدليل على ذلك إطلاق أدلّة الولاية.

قال السيّد الفقيه الخوئى: «أمّا بالنسبة إلى الأموال، فلا ينبغى الإشكال فى النفوذ، و أنّه ليس للصبّى الفسخ عند ما بلغ، و ذلك للإطلاق

فى أدلّة الولاية؛ فإنّها و إن كانت مقيدة بحال الصغر، فلا ولاية للولّى بعد ما بلغ الصبّى، إلّا أنّ متعلّق هذه الولاية مطلقٌ يشمل حال ما

بعد البلوغ، كما قبله بمناطٍ واحدٍ؛ و هو رعاية الغبطة و المصلحة «٥»، و الولّى إنّما جعل وليّاً لذلك، فكما أنّ له البيع و إخراج المال

عيناً و منفعةً عن ملكه إلى الأبد إذا اقتضته المصلحة، فكذلك له أن يبقى العين و يُخرج المنفعة خاصّةً لمدّة قصيرة أو طويلة حسبما

يجده من المصلحة و إن عمّت ما

(١) الخلاف ٣: ٥٠٠ مسألة ٢١.

(٢) السرائر ٢: ٤٧٢.

(٣) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٣١.

(٤) مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٣٦، تفصيل الشريعة، كتاب الإجارة: ٢١٣.

(٥) ولا يخفى أن هذا البيان يجرى في إجارة نفس الصبي حرفاً بحرف، و لم يظهر لى وجه الفرق بينها و بين إجارة أمواله. هذا، مضافاً إلى أنه يمكن أن يقال: إنه و ان كان الأصل عدم الولاية، إلّا أنها ثابتة عند العقلاء؛ بمعنى أن ثبوت أصل الولاية أمر عقلائي و إن تصرف الشارع فى الولي و خصصها بالأب مثلاً أو الحاكم، و لكن أصلها أمر ثابت عند العقلاء بالنسبة إلى الصبي، و على هذا يجب الرجوع إلى ما هو المرتكر عندهم؛ و هو عدم ثبوت الولاية بالنسبة إلى ما بعد البلوغ، و كون التصرف لما بعده تصرفاً فضولياً. و القول بلزوم رعاية المصلحة- و إن اقتضت المصلحة الإجارة إلى ما بعد البلوغ- أيضاً ممّا لم يسمع؛ لإمكان تصرف الصبي بعد البلوغ و إجازته فى فرض وجوبه المصلحة، فتدبر. م ج ف-.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٠٣

بعد البلوغ» (١).

و أمّا الصورة الثالثة: و هى أنه إذا آجر الولي مال الصبي مدّة لا يتيقن أنه يبلغ قبل مضيها، مثل أن يؤجره سنّة أو سنتين و له عشر سنين؛ فإنه يجوز أن يبلغ بالاحتلام قبل مضي الإجارة، فتصح الإجارة بلا خلاف كما فى الخلاف (٢)؛ بمعنى الحكم بصحة ظاهراً لتحقق الولاية المقتضية لصحة ذلك (٣).

و المستند لإثبات حكم هذه الصورة ما قلناه فى الصورة الثالثة من إجارة نفس الصبي، و لا تفاوت فى المقامين.

و لو اتفق البلوغ و الرشد فى هذا الزمان المحتمل، فهل للصبي الفسخ؛ بمعنى عدم إجارة العقد الفضولى المفروض صحته التى هى القابلة لترتيب الأثر؟ فيه قولان:

قال بعضهم بالبطان؛ بمعنى أن الصبي يتخير فيها بعد البلوغ بين الإجارة و عدمها، كما اختاره الشيخ فى المبسوط (٤)، و العلامة فى أكثر كتبه (٥)، و الشهيد فى قواعد (٦)، و المحقق الثانى (٧) و غيرهم (٨). و بعض آخر بأنّه لا يكون له الفسخ بعد بلوغه و رشده.

(١) مستند العروة الوثقى، كتاب الإجارة: ١٣٩.

(٢) الخلاف ٣: ٥٠٠ مسألة ٢١.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٣.

(٤) المبسوط للطوسى ٣: ٢٤٠.

(٥) مختلف الشيعة ٦: ١٢٤، تذكرة الفقهاء، ٢: ٣٢٧ الطبعة الحجرية، إرشاد الأذهان ١: ٤٢٥، تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٦٩، قواعد الأحكام ٢: ٢٨٣.

(٦) القواعد و الفوائد ٢: ٢٧٥.

(٧) جامع المقاصد ٧: ٩٩.

(٨) مفتاح الكرامة ٧: ٩٩، مجمع الفائدة و البرهان ١٠: ٦٧، جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٠٤

قال به الشيخ فى الخلاف (١) و تبعه ابن إدريس (٢) و المحقق النائيني (٣). و هكذا بعض فقهاء العصر (٤).

و الدليل على إثبات القولين فى هذه المسألة أيضاً ما قلناه فى تقرير الصورة الثالثة من إجارة نفس الصبي، فراجع.

إنَّ القائمين بعدم صحة إجارة الوليِّ مال الصبيِّ أو نفسه مدَّة يعلم أو يحتمل البلوغ فيها، استثنوا صورة واحدة عن ذلك؛ و هي ما إذا كان ذلك هو مقتضى المصلحة اللازمة المراجعة، بحيث كانت إجارته مقتصرةً على عهد الصغر خاليةً من المصلحة، بل متضمنةً للمفسدة. و أمَّا مع ضمِّ شيءٍ من زمان البلوغ ففيه المصلحة الملزمة، فحينئذٍ تكون الإجارة نافذةً و لازمةً ليس له فسخها بعد البلوغ «٥». و لقد أجاد السيّد الخوئي رحمه الله في الردِّ عليهم، حيث يقول: و لكنّه غير واضح؛ نظراً إلى أنّ مجرد وجود المصلحة - و لو كانت بالغه حدّ اللزوم - غير كافية في ثبوت الولاية ما لم يتم عليها دليل من الخارج، و المفروض قصور الدليل و عدم شموله لما بعد انقضاء عهد الصبا.

(١) الخلاف ٣: ٥٠٠ مسألة ٢١.

(٢) السرائر ٢: ٤٧٢.

(٣) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء العظام ٥: ٣١.

(٤) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء العظام ٥: ٣١، وسيلة النجاة ٢: ٥٢، مهذب الأحكام ١٩: ٤٩، مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٣٦.

(٥) مفتاح الكرامة ٧: ١٠٠، جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٤، كتاب الإجارة للمحقّق الرشتي: ٣٤٦، كتاب الإجارة للشيخ فياض الدّين زنجاني:

١٦٢، العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء العظام ٥: ٣١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٠٥

و بتعبير آخر: أنّ المصلحة بمجرد لا- تجوز التصرف في سلطان الغير ما لم تثبت الولاية عليه بدليل، و المفروض انتفاؤه. نعم، لو بلغت المصلحة الملزمة حدّ الوجوب؛ مثل ما لو توقّف حفظ حياة الصبيِّ على إجارته مدّة تزيد على زمان بلوغه، بحيث لولاه لكان معرضاً للهلاك، اندرج ذلك في الامور الحسينية و رجعت الولاية حينئذٍ إلى الحاكم الشرعي، لا إلى الوليِّ أو الوصيِّ من غير فرق بين الصغير و الكبير «١».

إجارة الوليِّ نفس الصبيِّ أو ماله عند فقهاء أهل السنّة:

ذهب فقهاء أهل السنّة أيضاً إلى أنّه يجوز للوليِّ إجارة الطفل أو ماله - أباً كان أو قيماً إذا رأى المصلحة فيها، فنذكر شرطاً من كلماتهم:

أ: الشافعية

جاء في الوجيز للغزالي: «لو أجز الوليُّ الصبيِّ أو دابته مدّة تجاوز البلوغ لم يجزء، فإن قصرت فبلغ بالاحتلام على قرب فالأقيس أنّه لا يفسخ، إذ بنى العقد له على المصلحة» «٢».

و قال العمراني في البيان: «و إن أجز رجل صبيّاً له عليه ولاية، أو أجز ماله مدّة، ثم بلغ الصبيِّ قبل انقضاء المدّة، فهل تنفسخ الإجارة؟ اختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال: لا تنفسخ، و هو اختيار الشيخ أبي إسحاق «٣»؛ لأنّه عقده في حال ولايته عليه، فصار كما لو زوجه ثم بلغ.

و منهم من قال: تنفسخ؛ لأنّه بان بالبلوغ أنّ تصرف الوليِّ عليه إلى هذا الوقت. و به قال الخطيب الشربيني «٤» و النووي «٥»

شيرازي، قدرت الله انصاري و پژوهشگران مركز فقهی ائمه اطهار عليهم ا، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ٤ جلد، مركز فقهی ائمه

اطهار عليهم السلام، قم - إيران، اول، ١٤٢٩ ه ق موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها؛ ج ٢، ص: ٤٠٥

(١) مستند العروة الوثقى، كتاب الإجارة: ١٤٠ مع تلخيص.

(٢) الوجيز ١: ٤١٤.

(٣) المهذب ١: ٤٠٧، حيث قال: «الصحيح عندي في المسائل كلها أن الإجارة لا تبطل».

(٤) مغنى المحتاج ٢: ٣٥٦.

(٥) المجموع شرح المهذب ١٥: ٤١٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٠٦

و منهم من قال: ينظر فيما عقد عليه الولي من المدّة. فإن تحقّق أنّ الصبي يبلغ قبل انقضائها، مثل: أن يكون له أربع عشر سنة، فأجره سنتين؛ فإنّه لا يصحّ في السنة الأخيرة؛ لأنّه يتحقّق أنّه يبلغ بخمس عشرة سنة، و هل يصحّ في الاولى؟ على قولين في تفريق الصفة.

و إن كانت مدّة لا يتحقّق بلوغه فيها، مثل: أن يؤجره و له أربع عشرة سنة، فبلغ فيها بالاحتلام، لم تنفسخ الإجارة، و كانت لازمة له «١».

و كذا في حلية العلماء «٢» و التهذيب «٣».

ب: الحنفية

قال الكاساني: «لو آجر نفسه أو ماله ثم بلغ الصبي في المدّة، فله الخيار في إجارة النفس إن شاء مضى عليها و إن شاء أبطلها، و لا خيار له في إجارة المال.

و وجه الفرق: أن إجارة مال الصغير تصرف في ماله على وجه النظر، فيقوم الأب فيه مقامه، فلا يثبت له خيار الإبطال بالبلوغ. و أمّا إجارة نفسه، فتصرف على نفسه بالإضرار و كان ينبغي أن لا يملكه الأب، إلّا أنّه ملكها من حيث إنّها نوع رياضة و تهذيب للصغير و تأديب له، و الأب يلي تأديب الصغير، فولها على أنّها تأديب، فإذا بلغ فقد انقطعت ولاية التأديب، و هو الفرق «٤».

و به قال في مختصر اختلاف العلماء «٥»

(١) البيان ٧: ٣٧٦.

(٢) حلية العلماء ٥: ٤٢٥.

(٣) التهذيب في فقه الشافعي ٤: ٤٤٠.

(٤) بدائع الصنائع ٤: ٣٥١.

(٥) مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٠٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٠٧

ج: الحنابلة

جاء في المقنع: «إذا أجر الولي اليتيم أو السيد العبد ثم بلغ الصبي و عتق العبد لم تنفسخ الإجارة، و يحتمل أن تنفسخ «١».

و قال المرادوي في شرحه عليه: «هذا المذهب، و عليه الأصحاب و قطع به كثير منهم «٢».

و كذا في المغنى و الشرح الكبير، و بين وجه الاحتمالين «بأنّه عقد لازم عقده بحق الولاية، فلم يبطل بالبلوغ كما لو باع داره أو زوجته، و يحتمل أن تبطل الإجارة فيما بعد زوال الولاية على ما ذكرنا في إجارة الوقف، و يحتمل أن يفرّق بين ما إذا آجره مدّة يتحقّق فيها بلوغه في أثنائها، مثل أن آجره عامين و هو ابن أربع عشرة، فتبطل في السادس عشر؛ لأننا نتيقّن أنّه آجره فيها بعد بلوغه. و هل تصحّ

في الخامس عشر؟ على وجهين، بناءً على تفريق الصفة.

و بين ما إذا لم يتحقق بلوغه في أثنائها، كالذي أجره في الخامس عشر وحده فبلغ في أثنائه، فيكون فيه ما قد ذكرناه في صدر الفصل «٣». و كذا في المبدع «٤» و منتهى الإرادات «٥» و التوضيح «٦».

و في الإنصاف: «أن محلّ الخلاف فيما إذا لم يعلم بلوغه عند فراغها. فأما إن أجره مدّة يعلم بلوغه فيها، فإنّها تنسخ على الصحيح من المذهب» «٧»

(١) المقنع: ١٣٨.

(٢) الإنصاف ٦: ٣٦.

(٣) المغنى و الشرح الكبير ٦: ٤٤ - ٤٥.

(٤) المبدع ٥: ٨٣.

(٥) منتهى الإرادات ٣: ٨٨.

(٦) التوضيح ٢: ٧٣٩.

(٧) الإنصاف ٦: ٣٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٠٨

و في المبدع: «إذا مات الوليّ أو عزل و انتقلت عنه الولاية إلى غيره، لم يبطل عقده؛ لأنّه تصرّف، و هو من أهل التصرف فيما له الولاية عليه، فلم يبطل تصرّفه» «١». و كذا في المغنى و الشرح الكبير «٢».

د: المالكية

جاء في مختصر خليل: «و يرشد صغير عقد عليه أو على سلعته ولى، إلّا لظنّ عدم بلوغه و بقى كالشهر» «٣»، أى كذلك تنسخ الإجارة برشد الصبّي إذا أجره و لثيه أو أجر سلعته كداره أو دابته ... إلّا أن يظنّ عدم بلوغه قبل انقضاء المدّة و قد بقى من مدّة الإجارة شهر و أيام يسيرة، فيلزمه بقيّة المدّة بالنظر للعقد على نفسه.

و في المدوّنة: إذا أجر الوليّ الصبّي مدّة فبلغ قبل انقضائها، انفسخت الإجارة عنه و لم يلزمه باقى المدّة، إلّا أن يكون الشئ الخفيف نحو الأيام و الشهر و ما أشبهه فيلزمه ذلك «٤». هذا بالنسبة إلى إجارة نفس الصبّي.

و أمّا إن أجر الوليّ سلعته كداره و دوابّه، أو رقيقه و عقاره سنين، فاحتلم بعد مضيّ سنه، فإن كان يظنّ أن الصبّي لا يحتلم في مثل تلك السنين - و ذلك ظنّ الناس أنّه لا يحتلم في مثل تلك السنين - فاحتلم بعد مضيّ سنه، فلا فسح له و جاز ذلك عليه؛ لأنّ الوصّي إنّما صنع من ذلك ما يجوز له في تلك الحال. و أمّا إن عقد عليه هذه الأشياء و هو يعلم أن الصبّي يحتلم قبل ذلك، لا يجوز ذلك عليه «٥»

(١) المبدع ٥: ٨٣.

(٢) المغنى و الشرح الكبير ٦: ٤٤ و ٤٥.

(٣) مختصر خليل الجندی: ١٤٨.

(٤) المدوّنة الكبرى ٤: ٤٥٥.

(٥) عقد الجواهر الثمينه ٢: ٨٦١، المدوّنة الكبرى ٤: ٤٥٥، مواهب الجليل ٧: ٥٦٤، التاج و الإكليل ٧: ٥٦٥، حاشية الخرشى ٧: ٢٧٢، الذخيرة ٥: ٥٣٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٠٩

المبحث الثالث: جواز أخذ الاجرة من مال الطفل

إشارة

المشهور بين الفقهاء أنه يجوز لمن يتولى أموال اليتيم - من الجدّ و الوصيّ و الحاكم و أمينه و عدول المؤمنين و غيرهم - أخذ الاجرة منها، بشرط أن لا يكون بعمله متبرّعاً «١»، بل الظاهر أن هذا الحكم فى الجملة متفقٌ بينهم و إن اختلفوا فى قدر ما يجوز الأخذ منها على أقوال.

و التحقيق فى هذه المسألة يستدعى أن يبحث عنها فى مقامين:

الأول: أن يكون المتولّى فقيراً.

الثانى: أن يكون المتولّى غنياً.

المقام الأول: أن يكون المتولّى فقيراً

إشارة

إذا كان المتولّى «٢» فى أموال الطفل فقيراً، هل يجوز له أخذ أجره مثل عمله، أو يجوز له أن يأخذ بقدر كفايته، أو يجب عليه أن يأخذ أقلّ الأمرين من الاجرة و الكفاية، فيه ثلاثة أقوال:

الأول: أنه يجوز أن يأخذ قدر كفايته، و هو قول الشيخ رحمه الله فى النهاية، حيث قال: «لا يجوز التصرف فى أموال اليتامى إلّا لمن كان وليّاً لهم ... فمن كان وليّاً يقوم بأمرهم و بجمع أموالهم و سدّ خلّاتهم و جمع غلّاتهم و مراعاة مواشيهم، جاز له حينئذٍ أن يأخذ من أموالهم قدر كفايته و حاجته من غير إسرافٍ و لا تفريط» «٣»

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٤٣٧.

(٢) و المراد بالمتولّى لمال اليتيم من له عليه ولاية شرعية؛ سواء كان بالأصالة كالأب و الجدّ، أم لا كالوصي. مسالك الأفهام ٦: ٢٧٥.

(٣) النهاية للطوسى: ٣٦١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤١٠

و جعله أحد الأقوال فى التبيان «١». و اختاره فى الوسيلة «٢».

و يدلّ عليه ظاهر قوله - تعالى -: (وَ مَنْ كَانَ فَقِيْرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) «٣» و المعروف ما لا إسراف فيه و لا تقتير.

جاء فى السرائر: «و الذى يقوى فى نفسى أن له قدر كفايته كيف ما دارت القضية، لقوله - تعالى -: (فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) فالتلزم «٤» بظاهر التنزيل، هو الواجب دون ما سواه؛ لأنّه المعلوم، و ما عداه إذا لم يبق عليه دليل مطلق» «٥».

و يرد عليه أولاً: أن معنى الكفاية غير مضبوط و لا معروف، و لم يذكر له ضابطة معينة؛ لأنّ الكفاية تختلف بحسب الأشخاص و الحالات و الأزمنة و الأماكن.

قال المحدث الكاشانى: «و قيل: أقلّ الأمرين من الاجرة و الكفاية، و هو حسن لو كان للكفاية معنى مضبوط، و لكنّه مجمل «٦» جداً»

«٧». و كذا فى المسالك «٨».

و ثانياً: هذا الحكم على إطلاقه غير تام، لأن العمل ربما كان قليلاً و الحاجة كثيرة، فيؤدى إلى الإضرار باليتيم.
و ثالثاً: هل المراد بالكفاية ما يكفيه لنفسه «٩» و عياله، أو يقتصر على نفسه

- (١) تفسير التبيان ٣: ١١٩.
- (٢) الوسيلة لابن حمزة: ٢٧٩.
- (٣) سورة النساء ٤: ٦.
- (٤) و فى المختلف ٥: ٦٤ «فالملتزم بظاهر التنزيل» و فى هامش المصدر: الالتزام، و هو الأنسب ظاهراً، كما أن فى المصدر: «كيف ما دارت القصة». و لعل الأنسب ما أثبتناه فى المتن.
- (٥) السرائر ٢: ٢١١.
- (٦) لا إجمال فى الكفاية بعد كونها منوطه بالمعروف، و هو فى كل عمل أو مال بحسبه. م ج ف.
- (٧) مفاتيح الشرائع ٣: ١٨٨.
- (٨) مسالك الافهام ٦: ٢٧٦.
- (٩) إذا كان المعروف بحسب المال و العمل، فلا يلاحظ فيه ما عداهما. م ج ف.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤١١
- خاصةً، فيه أيضاً إجمال.
- و رابعاً: قد يكون المال و العمل قليلين، كلبن شاء إذا حلبها، فلو أكل بقدر كفافه منه يلزم أن يكون قد أكل كله، و هو غير جائز قطعاً.
و يظهر ذلك من خبر أبى الصباح الكناني؛ لأن فى ذيله:
«فإن كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً» (١).
- قال فى مفتاح الكرامة: «و لعل معناه أنه يأخذ اجرة مثل ذلك، أو أن مثل ذلك لا اجرة له عرفاً» (٢).
- القول الثانى: أن يأخذ أقلّ الأمرين من الاجرة و الكفاية.
- فإن كانت الكفاية أقلّ من اجرة المثل، فله قدر الكفاية دون اجرة المثل، و إن كانت اجرة المثل أقلّ من الكفاية، فله اجرة المثل دون الكفاية.
- قال فى المبسوط: «الولّى إذا كان فقيراً جاز له أن يأكل من مال اليتيم أقلّ الأمرين من كفايته أو أجره مثله، و لا يجب عليه قضاؤه» (٣).
و كذا فى الخلاف (٤) و به قال الشهيد فى الروضة (٥).
- و قال العلامة فى التذكرة: «و إن كان فقيراً جاز أن يأخذ إجماعاً، و فى قدره خلاف، الأقرب أن يقول يستحقّ اجرة المثل ... لكن يستحبّ له أن يأخذ أقلّ الأمرين» (٦). و فى جامع المقاصد: و هو الأصحّ (٧). و فى التنقيح الرائع (٨)

(١) و سائل الشيعة ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٣.

(٢) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٥.

(٣) المبسوط للطوسى ٢: ١٦٣.

(٤) الخلاف ٣: ١٧٩ مسألة ٢٩٥.

(٥) الروضة البهية ٥: ٨٠.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٣، الطبعة الحجرية.

(٧) جامع المقاصد ٥: ١٨٨ و ١١/ ٣٠٢.

(٨) التنقيح الرائع ٢: ٣٩٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤١٢
و كنز العرفان «١»: و هو أولى؛ لأنه أحسن.

و فى كشف الرموز هو أحسن الأقوال و أجود من التهجم على أموال اليتامى «٢».

و يمكن الاستدلال لهذا الحكم، بأن الكفاية إن كانت أقل من الاجرة؛ فإنه مع حصولها يصير غنيًا. و من كان غنيًا يجب عليه الاستعفاف؛ لظاهر قوله - تعالى - «٣»: (وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ) «٤» و الأمر للوجوب، فيجب عليه الاستعفاف عن بقية الاجرة، و أما إذا كانت اجرة المثل أقل؛ فإنما يستحق عوض عمله، فلا يحل له أخذ ما زاد عليه «٥».

و يرد عليه بأن المراد من الأكل فى الآية إن كان معناه الحقيقى - أى بلع الطعام بعد مضغه «٦» و جعله مختصًا بالولى، بأن يأكل هو بمقدار قوته و لا- يتعدى إلى عياله- فلا- منافاة بين الفقر و حصول الكفاية منه بهذا المعنى؛ لأن حصول القوت يحتاج معه إلى بقية مئونة السنة من نفقة و كسوة و مسكن و غيرها، حتى يتحقق ارتفاع الفقر، و حينئذ فقولهم- فى الاستدلال لثبوت أقل الأمرين: إنه مع حصول الكفاية يكون غنيًا، فيجب عليه الاستعفاف عن بقية الاجرة- غير صحيح.

و إن كان المراد بالأكل مطلق التصرف و الأخذ؛ لأن الأكل يستعمل كثيرا فيما هو أعم من المعنى الحقيقى، كما هو المراد من قوله- تعالى -: (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ إِسْرَافًا

(١) كنز العرفان ٢: ١٠٥.

(٢) كشف الرموز ٢: ٨١.

(٣) و الظاهر أن الآية تدل على من كان غنيًا قبل أخذ الاجرة أو مقدار الكفاية. و عليه: فلا مجال للاستدلال بها، فتدبر. م ج ف.

(٤) سورة النساء ٤: ٦.

(٥) اقتباس من الروضة البهية ٥: ٨٠ و جامع المقاصد ١١: ٣٠٢.

(٦) مجمع البحرين ١: ٥٦؛ لسان العرب ١: ٨٨ مادة أكل.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤١٣

و «بِادَارًا» «١»، (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) «٢». (إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا) «٣» و غير ذلك، فقيده «المعروف» من ذلك غير واضح المراد حتى يعتبر أقل الأمرين و يجب الاقتصار عليه؛ لأن التصرف على هذا الوجه يختلف باختلاف الأشخاص و الحاجة.

فعلى كلا- المعنيين للأكل لا يتم الاستدلال بهذه الآية للقول بأنه يجوز أقل الأمرين؛ لأن العمل ربما كان قليلاً و القوت كثيراً، فيؤدى إلى الإضرار باليتيم، كما أشار إلى بعض ذلك فى المسالك «٤» و الجواهر «٥».

القول الثالث: و هو أجود الأقوال و أصحها- أن يأخذ اجرة مثل عمله.

اختاره الشيخ فى موضع من النهاية، فقال: «و المتولى لأموال اليتامى و القيم بامورهم، يستحق اجرة مثله فيما يقوم به من مالهم من غير زيادة و لا- نقصان، فإن نقص نفسه كان له فى ذلك فضل و ثواب، و إن لم يفعل كان له المطالبة باستيفاء حقه من اجرة المثل. فأما الزيادة فلا يجوز له أخذها على حال» «٦».

و اختاره الكيدرى «٧» و المحقق «٨».

و قال العلامة فى التحرير: «و يجوز لمن يتولى أموال اليتامى أن يأخذ اجرة

- (١) سورة النساء ٤: ٤.
- (٢) سورة البقرة ٢: ١٨٨.
- (٣) سورة النساء ٤: ١٠.
- (٤) مسالك الأفهام ٦: ٢٧٦ مع تصرف يسير.
- (٥) جواهر الكلام ٢٨: ٤٤٣.
- (٦) النهاية للطوسي: ٣٦٢.
- (٧) إصباح الشيعة: ٢٩٧.
- (٨) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٨، المختصر النافع: ١٩١.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤١٤
- المثل عن نظره في ماله «١». و كذا في التذكرة «٢» و القواعد «٣». و به قال أيضاً الشهيدان «٤».
- و في تفسير مجمع البيان قوله- تعالى:- (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِسْرَافًا) «٥». «معناه لا تأكلوا من مال اليتيم فوق ما يحتاجون إليه؛ فإن لولي اليتيم أن يتناول من ماله قدر القوت إذا كان محتاجاً على وجه الاجرة على عمله في مال اليتيم- إلى أن قال:- و الظاهر في روايات أصحابنا أن له اجرة المثل؛ سواء كان قدر كفايته أو لم يكن» «٦».
- و كذا اختاره المحقق العاملي «٧» و المحقق الأردبيلي «٨» و صاحب الرياض «٩» و الجواهر «١٠». و به قال أيضاً جمع من فقهاء العصر «١١».

أدلة جواز أخذ الولي اجرة المثل

و يمكن الاستدلال لهذا الحكم بوجوه:

- (١) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٨٢.
- (٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٣، الطبعة الحجرية.
- (٣) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٧.
- (٤) الدروس الشرعية ٢: ٣٢٧، اللمعة الدمشقية: ١٠٧، مسالك الأفهام ٦: ٢٧٧.
- (٥) سورة النساء ٤: ٤.
- (٦) مجمع البيان ٣: ١٩-٢٠.
- (٧) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٢.
- (٨) زبدة البيان ٢: ٦١٢.
- (٩) رياض المسائل ٦: ٢٨٨.
- (١٠) جواهر الكلام ٢٨: ٤٤٠.
- (١١) مهذب الأحكام ٢٢: ٢٢٧، منهاج الصالحين للسيد الخوئي، المعاملات ٢: ٢٢٢، وسيلة النجاة ٢: ١٥١، تحرير الوسيلة ٢: ٩٤ مسألة ٥٩، تفصيل الشريعة، كتاب الوقف و الصدقة و الوصية: ٢٠٠، مباني منهاج الصالحين ٩: ٣٥٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤١٥

الأول: الظاهر من الأكل بالمعروف في قوله- تعالى-: (فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) «١» هو أخذ اجرة المثل كما هو مقتضى القاعدة أيضاً. قال في الجواهر: «نعم، أعلى أفراد الأكل بالمعروف شرعاً و عرفاً اجرة المثل، فإن نقص عنها زاد في المعروف و قد أحسن إلى اليتيم، بل إن لم يأخذ شيئاً فقد زاد في الإحسان و لم يكن من الأكل بالمعروف، الذي قد رخص فيه في مقابلة العمل للفقير ... فالمراد حينئذ أن الفقير إن أراد الأكل فلا يأكل إلّا بالمعروف، و هو أن يكون في مقابلة عمل له في مال اليتيم، و أن لا يزيد على اجرة المثل، و كلما نقص عن ذلك فهو من المعروف، بل لعل ذلك هو المراد من النصوص» «٢».

و في مفتاح الكرامة: «فالمعروف في الشرع و العرف اجرة عمله الذي هو حفظ الأولاد و الأموال، فلا- يجوز له إلّا ذلك المقدار فيأخذه، و إن كان زائداً عما يحتاج إليه من سدّ الخلة» «٣».

الثاني: الإجماع كما ادّعه في التذكرة «٤» و مفتاح الكرامة «٥» و مهذب الأحكام «٦». و في الرياض: «لا خلاف فيه» «٧». نقول: لا- اعتبار بهذا الإجماع؛ لأنّ النصوص التي سنذكرها قريباً كانت مدرّكاً له، مضافاً إلى أنه لا يمكن إثباته مع ذهاب جمع من الفقهاء على خلافه.

(١) سورة النساء ٤: ٦.

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٤٣٩.

(٣) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٤.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٣، الطبعة الحجرية.

(٥) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٢.

(٦) مهذب الأحكام ٢٢: ٢٢٧.

(٧) رياض المسائل ٦: ٢٨٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤١٦

الثالث: أصالة احترام العمل «١».

قال في المختلف: «و الوجه عندى أن له اجرة المثل؛ سواء كان غنياً أو فقيراً- إلى أن قال: لنا: أنه فعل تصحّ المعاوضة عليه، فاستحقّ فاعله الاجرة إذا لم يتبرّع» «٢».

و في الرياض: «لأنّ عمل محترم غير متبرّع به، فكان له اجرة مثله» «٣». و كذا في جامع المقاصد «٤».

و قال في تفصيل الشريعة: «و ذلك؛ لأنّ عمل المسلم محترم و له أجر فيما إذا كان بأمر من له الأمر، و إن كان الأحوط الأولى للغنى غير المحتاج عدم الاستفادة من مال اليتيم، الذي جعل أكله ظلماً أكلاً» «٥» في بطونهم النار في الكتاب العزيز «٦» و هو يدلّ على كمال مراقبة مال اليتيم و لزوم التحفظ و الاجتناب منه» «٧».

الرابع: السيرة كما ادّعه في المهذب «٨».

الخامس: النصوص:

(١) الظاهر أنه لا مجال للاستدلال بهذا الدليل؛ فإنّ مقتضاه استحقاق الاجرة من دون أن يشترط بالفقر؛ بمعنى أن هذا الدليل يدلّ على الاستحقاق حتّى في صورة الغناء، مع أنه مخالف لصريح الآية الشريفة، إلّا أن يقال: إن الاستعفاف مستحبّ و ليس بواجب، و هذا بقرينة المقابلة؛ بمعنى أن قوله- تعالى-: (فَلْيَأْكُلْ) لا يدلّ على الوجوب، مضافاً إلى أن الإعادة قرينة على الاستحباب كما سيأتي

- إن شاء الله. م ج ف.
 (٢) مختلف الشيعة ٥: ٦٥.
 (٣) رياض المسائل ٦: ٢٨٨.
 (٤) جامع المقاصد ١١: ٣٠٢.
 (٥) هكذا في المصدر، و الأنسب أكلاً للنار في بطونهم.
 (٦) سورة النساء ٤: ١٠.

(٧) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ٢٠٠.

(٨) مهذب الأحكام ٢٢: ٢٢٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤١٧

١- خبر هشام بن الحكم أو صحيحه على قول «١»

قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عمّن تولّى مال اليتيم ما له أن يأكل منه؟ فقال: «ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم، فليأكل بقدر ذلك» «٢».

و دلالتها على المقصود صريحة.

٢- خبر

أبي الصباح الكناني أو صحيحه، عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله - عزّ و جلّ -: (وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) «٣» فقال: «ذلك رجل يحبس نفسه عن المعيشة، فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح لهم أموالهم، فإن كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً» الحديث «٤».

٣- موثقة

سماعة، عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله - عزّ و جلّ -: (وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) قال: «من كان يلي شيئاً لليتامى و هو محتاج ليس له ما

(١) لأنه ليس في السند من لم يغمض عنه إلّا على بن السندی، و وثقه الكشي، حيث إنه عنون «علي بن إسماعيل» ثم قال: نصر بن صباح قال: علي بن إسماعيل ثقة و هو علي بن سندی، رجال الكشي: ٥٩٨.

و قال الفاضل الخراساني في ذخيرة المعاد: ٥٢ في حكم من وجد على جسده أو ثوبه المختصّ متياً: و ما رواه الشيخ عن أبي بصير في القوى قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يصيب بثوبه متياً ... الحديث، وسائل الشيعة ١: ٤٨٠ الباب ١٠ من أبواب الجنابة ح ٣، مع أنه وقع في سند هذا الحديث علي بن السندی.

و قال المحقق الفقيه القمي: و خصوص رواية هشام بن الحكم ... و الظاهر أنّها صحيحة؛ لأنه ليس في السند من يتأمل فيه إلّا علي بن السندی، و الظاهر أنّه علي بن إسماعيل بن عيسى بن فرج السندی أو السري، كما حقه شيخنا رحمه الله في تعليقه الرجائيّة - «منهج المقال» الرجال الكبير «و معه تعليقات للبههاني: ٢٣٤» الطبعة الحجرية. و هو ثقة - و كذا ظاهر ما حكى عن الذخيرة من أنّه حسن كالصحيح، جامع الشتات ٢: ٤٧٥.

و في الرجال الكبير: ٢٢٦ علي بن إسماعيل، نصر بن الصباح قال: علي بن إسماعيل ثقة؛ و هو علي بن سندی، فلقب إسماعيل بالسندی، و في الكشي السدي بدل السندی. و قال الأسترابادي في موضع آخر: و الظاهر اتحاد الكلّ، رجال الكبير: ٢٣٣.

(٢) تهذيب الأحكام ٦: ٣٤٣ ح ٩٦٠، و سائل الشيعة ١٢: ١٨٦ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٥.

(٣) سورة النساء ٤: ٤.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤١٨

يقيمه فهو يتقاضى أموالهم و يقوم فى ضيعتهم، فليأكل بقدر و لا يسرف، و إن كانت ضيعتهم لا تشغله عمّا يعالج بنفسه فلا يرزأن «١» من أموالهم شيئاً «٢».

٤- صحیحه

عبد الله بن سنان قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام و أنا حاضر عن القِيم لليتامى فى الشراء لهم و البيع فيما يصلحهم، أله أن يأكل من أموالهم؟ فقال: «لا- بأس أن يأكل من أموالهم بالمعروف، كما قال الله- تعالى- فى كتابه: (وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَ بِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسِّرْ وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) «٣» هو القوت، و إنّما عنى فليأكل بالمعروف الوصى لهم و القِيم فى أموالهم ما يصلحهم «٤».

٥- موثقه

حنان بن سدير قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «سألنى عيسى ابن موسى عن القِيم للأيتام فى الإبل و ما يحل له منها، فقلت له: إذا لاط «٥» حوضها و طلب ضالتها و هنا «٦» جرباها «٧»، فله أن يصيب من لبنها فى غير نهك لضرع، و لا فساد لنسل» «٨».

٦-

ما رواه محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل بيده

(١) رزأه ماله: أصاب منه شيئاً فنقصه، المعجم الوسيط: ٣٤٠.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٤.

(٣) سورة النساء ٤: ٤.

(٤) تهذيب الأحكام ٩: ٢٤٤، ح ٤٢.

(٥) لُطْتُ الحوض بالطين لوطاً، أى ملطته به و طينته، الصحاح للجوهري ٢: ٩٠٢ مادة لوط.

(٦) هنأت البعير: إذا طلته بالقطران و القطران دواء للجرب، الصحاح ١: ٨٤.

(٧) الجَرَب بالتحريك: داءٌ معروف، يقال جرب البعير جَرَباً من باب تعب ... و ناقة جرباء، مجمع البحرين ١: ٢٨١ مادة جرب.

(٨) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤١٩

ماشية لابن أخ له يتيم فى حجره، أى يخلط أمرها بأمر ماشيته؟ قال: «إن كان يليط حوضها و يقوم على مهنتها و يردّ نادتها، فيشرب من ألبانها غير منهك للحلاب، و لا مضرّ بالولد» «١».

٧- الأخبار المروية فى تفسير العياشى «٢»؛ لأنّ صريح بعضها:

أنّ الرجل يحبس نفسه فى أموالهم و يقوم فى ضيعتهم و يشغل نفسه عن طلب المعيشة فلا- يحترث لنفسه، فليأكل بالمعروف من مالهم.

و نقل فى الوسائل

«فلا يحترث لنفسه» «٣».

فالظاهر من النصوص أنّ لولّى أكل ما هو المعروف من مال اليتيم. و الأكل بالمعروف- كما بيناه سابقاً- هو اجرة المثل، بمعنى أنّه

يجوز أن يأكل الولي في مقابل ما عمل في مال اليتيم، و أن لا يزيد على اجرة المثل، و كلما نقص عن ذلك فهو من المعروف كما في الجواهر «٤».

ثم إنه يظهر «٥» من بعض النصوص المتقدمة خلاف المدعى، و أن له أكل القوت فقط، كصحيحه عبد الله بن سنان «٦». و الاستفادة من بعض الآخر: أنه إذا كان فقيراً و ليس له ما يقيمه يجوز له الأخذ بالمقدار الذي يقيمه، كموثقة سماعة «٧» و مقتضى

(١) نفس المصدر، ح ٦.

(٢) تفسير العياشي ١: ٢٢١-٢٢٢ ح ٢٩-٣٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٧ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ١٠.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٣٩.

(٥) و الحقّ الاستفادة من الروايات أن له اجرة مثل عمله؛ سواء كانت زائدة على قدر الكفاية أم لا، و المقصود من المعروف في الآية بقرينة الروايات هو اجرة المثل، و بعبارة اخرى: صحيحه هشام بن الحكم صريحه في اجرة المثل، و بها يتصرّف في بقية الروايات الواردة حتى التعبير بالقوت؛ فإنه و إن كان ظاهراً في مقدار كان موجباً لحفظ الولي و عدم تلفه، و لكن يؤوّل بأجرة المثل. م ج ف.

(٦) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٤ و ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

(٧) نفس المصدر.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٢٠

إطلاقها الجواز حتى في صورة كون المقدار المذكور أكثر من اجرة المثل، فيقع التعارض بينهما.

فيمكن أن يقال بأنّ الترجيح مع موثقة سماعة، لكونها موافقة للكتاب فيؤخذ بها، و إن أبيت عن هذا الجمع نقول: يقع التعارض و بعد التسايط يرجع إلى إطلاق الكتاب.

و بالجملة: فالاستفاد من مجموع الأدلة «١» أنه يجوز للولي أن يأخذ من مال اليتيم بالنحو المعروف، و المقدار المعروف - على ما بينا - ما لا إسراف فيه و لا تقتير، و هو الحدّ الأوسط، أي اجرة المثل، بل يستفاد المدعى من موثقة سماعة أيضاً، حيث قيد الجواز بعدم السرف، بل يمكن أن يقال: إن هذا هو المتفاهم العرفي عند إطلاق هذا اللفظ.

نعم، لو لم يكن لفعلة اجرة في العادة، كوضع الدراهم و الدنانير عنده، أو كان المال قليلاً غير محتاج إلى عمل له اجرة يعتدّ بها عرفاً، لم يأخذ شيئاً كما في الجواهر «٢» و مفتاح الكرامة «٣». و كما يظهر ذلك من ذيل رواية الكنانى، حيث قال:

«فإن كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً» «٤».

و كذا ذيل رواية أبي بصير، حيث قال عليه السلام:

«ليس له ذلك في الدنانير و الدراهم التي عنده موضوعه» «٥».

(١) و التحقيق أن الاستفادة من مجموع الآيات و الروايات جواز أخذ الولي شيئاً ما، فيما إذا كان فقيراً، و هذا المقدار يكون أقلّ من اجرة المثل غالباً بل دائماً، و لا فرق في الجواز بين قصد التبرع و عدمه. م ج ف.

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٤٤٣.

(٣) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٣.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٣.

(٥) نفس المصدر ١٢: ١٨٧ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٢١

المقام الثاني: أن يكون الولي غنياً

إشارة

و أما إذا كان ولي الصبي غنياً هل يستحقّ الاجرة أم لا؟ فيه قولان:
القول الأول: أنه لا يجوز له أخذ شيء من مال الصبي في مقابل إدارة أمواله.
ففي المبسوط: «الولي إذا كان فقيراً جاز له أن يأكل من مال اليتيم» (١).
وقال ابن إدريس: «فأما إن كان غنياً، فلا يجوز له أخذ شيء من أموالهم» (٢).
و في المسالك: «أما لو كان غنياً، فالأقوى وجوب استعفافه مطلقاً» (٣).
و به قال السيوري (٤) و المحقق الثاني (٥) و المحدث الكاشاني (٦) و المحقق الأردبيلي (٧) و صاحب الرياض (٨). و كذا هو ظاهر
المختصر النافع (٩) و كشف الرموز (١٠) و اللمعة (١١) و غيرها (١٢).
و استدلل للحكم المذكور بوجوه:
الأول: ظاهر قوله - تعالى -: (وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ) (١٣)؛ لأنّ الأمر

(١) المبسوط للطوسي ٢: ١٦٣.

(٢) السرائر ٢: ٢١١.

(٣) مسالك الأفهام ٦: ٢٧٧.

(٤) التنقيح الرائع ٢: ٣٩٦.

(٥) جامع المقاصد ٥: ١٨٨ و ج ١١: ٣٠٢.

(٦) مفاتيح الشرائع ٣: ١٨٩.

(٧) زبدة البيان ١- ٢: ٦١١.

(٨) رياض المسائل ٦: ٢٨٩.

(٩) المختصر النافع: ١١٩.

(١٠) كشف الرموز ٢: ٨٠.

(١١) اللمعة دمشقية: ١٠٧.

(١٢) الروضة البهية ٥: ٢٨٠.

(١٣) سورة النساء ٤: ٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٢٢

للاجوب، كما في المبسوط (١) و المسالك (٢) و جامع المقاصد (٣).

قال المحدث الكاشاني: «و الأقوى وجوب التعفف؛ لظاهر الأمر في الآية» (٤).

الثاني: أصل عدم استباحة مال الغير إلّا بدليل، و لا يوجد هنا دليل كما في التنقيح الرائع (٥).

و فى الرياض: «و أما مع غناه فالأحوط بل اللّازم ... أن لا يأخذ شيئاً، للأصل» «٦».

الثالث: موثقة

سماعة المتقدمة عن أبى عبد الله عليه السلام فى قول الله - عزّ و جلّ -:

«وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ» «٧» قال: «من كان يلى شيئاً لليتامى و هو محتاج ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى «٨» أموالهم و يقوم فى ضيعتهم، فليأكل بقدر و لا يسرف»

الحديث «٩».

فقد قيد الحكم بما إذا كان الولي محتاجاً.

المناقشة فى الاستدلال بالآية

الآية المباركة و إن كان ظاهرها يوهم اشتراط كون الولي فقيراً؛ لأنّ الأمر للوجوب، و لكن مادة الاستعفاف تدلّ على الرجحان.

(١) المبسوط للطوسى ٢: ١٦٣.

(٢) مسالك الأفهام ٦: ٢٧٧.

(٣) جامع المقاصد ٥: ١٨٨ و ج ١١: ٣٠٢.

(٤) مفاتيح الشرائع ٣: ١٨٩.

(٥) التنقيح الرائع ٢: ٣٩٦.

(٦) رياض المسائل ٦: ٢٨٩.

(٧) سورة النساء ٤: ٦.

(٨) تقاضاه الدين قبضه منه، لسان العرب ٥: ٢٧٧.

(٩) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٢٣

قال العلامة فى المختلف: «و قوله - تعالى - : (وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسِّرْ تَعْفُفًا) «١» لا إشعار فيه بالوجوب، بل يدلّ بمفهومه على الأولوية» «٢».

و فى التذكرة: «الوليّ إن كان غنياً استحبّ له أن يستعفف عنه» «٣».

و جاء فى المسالك: «حملوا الأمر بالاستعفاف على الاستحباب، و ادّعوا أنّ لفظ الاستعفاف مشعر به، و له وجه» «٤».

و فى مفتاح الكرامة: «أنّه يستحبّ له التّعفف مع الغنى ... لقرينة العفة الظاهرة فى الجواز» «٥».

و فى الجواهر: «لكن المادة تشعر بالندب» «٦».

و لعلّ أنظار هؤلاء الأعلام - قدس الله أسرارهم - متّجهة إلى أنّ معنى الاستعفاف طلب العفاف، كما ورد فى الحديث

«أفضل العبادة العفاف» «٧».

و فى مجمع البحرين: «العفاف - بفتح العين - و التّعفف: كَفَّ النفس عن المحرّمات و عن سؤال الناس ... الاستعفاف طلب العفاف»

«٨». و كذا فى النهاية لابن الأثير «٩». و لا شكّ أنّ طلب العفاف ليس بواجب بل هو مستحبّ.

- (١) سورة النساء ٤: ٤.
 - (٢) مختلف الشيعة ٥: ٦٥.
 - (٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٣، الطبعة الحجرية.
 - (٤) مسالك الأفهام ٦: ٢٧٧.
 - (٥) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٢.
 - (٦) جواهر الكلام ٢٨: ٤٣٩.
 - (٧) الكافي ٢: ٧٩، ح ٣.
 - (٨) مجمع البحرين ٢: ١٢٣٨ عفف.
 - (٩) النهاية لابن الأثير ٣: ٢٦٤.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٢٤
- ولذا قال المحقق القمي: «معنى الاستعفاف كف النفس أو استعداد النفس لترك شيء، ولا شك أن الذي يجب على الإنسان ترك الحرام. و أما استعداد النفس لترك الحرام فهو مستحب».
- ثم قال قدس سره: «و في قوله - تعالى - (وَلْيَسْتَعْفِفِ) ينافي مدلول المادة مع الهيئة و تقديم المادة على الهيئة أولى، فيحمل الأمر على الاستحباب» (١). فلا تدل الآية على اشتراط الفقر.
- و يؤيده ما في الكشاف من أن معنى (وَلْيَسْتَعْفِفِ) (٢) أي ليجتهد في العفة و ظلف النفس (٣)، كأن المستعفف طالب من نفسه العفاف و حاملها عليه (٤).
- و كذا ما في كنز العرفان (وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا) أي إن كان الفقير يخاف زيادة الفقر بالنكاح، فليجتهد في قمع الشهوة و طلب العفة بالرياضة لتسكين شهوته (٥).

المناقشة في الاستدلال بالموثقة

و يرد على الاستدلال بموثقة سماعه: أن فيها تقييداً بكون الولي محتاجاً و ليس له ما يقيمه.
و بأن لفظ «محتاج» الوارد في الموثقة و كذا لفظ «فقيراً» الذي ورد في الآية

- (١) جامع الشتات ٢: ٤٧٧.
- (٢) سورة النور ٢٤: ٣٣.
- (٣) ظلف نفسه عن الشيء أي منعها. و ظلفت نفسي عن كذا أي كفت، الصحاح ٢: ١٠٧٠.
- (٤) الكشاف ٣: ٢٣٧.
- (٥) كنز العرفان ٢: ١٣٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٢٥

المباركة ليس معناها الفقر الشرعي (١)، بل الظاهر (٢) أن المراد منهما في الآية و الموثقة من كان مشغلاً بإصلاح أموال الصبي أو اليتيم، و كانت أوقاته مستغرقة في تدبير شئونه بحيث يشغله ذلك عن تحصيل معيشته و الاشتغال لنفسه، و يدل على ذلك صريحاً قوله عليه السلام في الموثقة:

«و إن كانت ضيعتهم لا تشغله عمّا يعالج بنفسه فلا يرزأَنَّ» (٣) من أموالهم شيئاً» (٤).

و هكذا يستفاد هذا المعنى من الروايات الكثيرة الواردة عنهم عليهم السلام فى بيان معنى الآية الكريمة التى فيها المعتبرة، مثل قوله عليه السلام فى خبر أبى الصباح الكنانى المتقدمه:

«ذلك رجل يحبس نفسه عن المعيشة، فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح لهم أموالهم» (٥).

و الأخبار الواردة فى تفسير العياشى؛ مثل

ما رواه أبو اسامه، عن أبى عبد الله عليه السلام فى قوله - تعالى - : (فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) فقال: ذلك رجل يحبس نفسه على أموال اليتامى فيقوم لهم فيها و يقوم لهم عليها، فقد شغل نفسه عن طلب المعيشة، فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح أموالهم» الحديث (٦)

(١) الفقير فى الاصطلاح: هو الذى لا يملك قوت سنته لا فعلاً و لا قوّة، القاموس الفقهى: ١٦٠، أو هو من لم يملك مؤنثه نفسه و عياله الواجبى النفقة مقدار سنه كامله، القواعد الفقهية للمحقق البجنوردى ٦: ٣٧٢.

(٢) الظاهر أنّ المستفاد من الموثقة قيدان: الاحتياج، و عدم وجود شىء يقيمه، و ليس الثانى تفسيراً للأوّل. هذا، مضافاً إلى أنّ استغراق الأوقات فى تدبير شئونه لا يستفاد من الروايات جداً. نعم، قد ورد التعبير بأنّه قد شغل نفسه عن طلب المعيشة، و لكنه لا يدلّ على ذلك؛ فتدبر. م ج ف.

(٣) أى فلا يصيبن.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٦ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٤.

(٥) نفس المصدر ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٣.

(٦) تفسير العياشى ١: ٢٢١ ح ٢٩، البرهان ١: ٣٤٤ ح ١٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٢٦

و كذا ما رواه أبو بصير، عنه عليه السلام (١).

و ما رواه زرارة، عن أبى جعفر عليه السلام (٢).

و ما رواه زرارة و محمد بن مسلم، عن أبى عبد الله عليه السلام ٣.

و هكذا صحيحة عبد الله بن سنان المتقدمه التى رواها الشيخ فى التهذيب

بإسناده عن الحسن بن محبوب قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام - و أنا حاضر - عن القيم لليتامى فى الشراء لهم و البيع فيما يصلحهم، أله أن يأكل من أموالهم؟ فقال: «لا بأس أن يأكل من أموالهم بالمعروف، كما قال الله - تعالى - فى كتابه» الحديث (٤).

و الحاصل: أنّه إذا تأملت ما تقدّم من النصوص الكثيرة التى اختلفت ألفاظها، و لكنّها اشتملت على معنى مشترك بينها، يحصل لك الاطمئنان بذلك القدر المشترك، و يصحّ أن يقال، إنّ جميع الأخبار المتقدمه مطلقه بالنسبة إلى الفقير و الغنى إلّا موثقة سماعه؛ فإنّ فيها:

«من كان يلى شيئاً لليتامى و هو محتاج ليس له ما يقيمه ... فليأكل بقدر و لا يسرف»

و قد عرفت معنى المحتاج فى هذه الموثقة.

و بالجملة: المتحصّل من الآية الشريفة بضميمة - الروايات الواردة فى تفسيرها - هو أنّ المتولّى لأمر الصغار إذا كان مشغولاً بإصلاح أموالهم و تدبير شئونهم، بحيث يشغله ذلك عن كسبه و تحصيل معيشته و تدبير مال نفسه، فيجوز له أن يأخذ من أموالهم بالقدر

المعروف؛ سواء كان غنيّاً أو فقيراً، و المقدار المعروف هو اجرة المثل؛ لأنّ المراد بالأكل أعَمّ من المعنى الحقيقي، فيشمل مطلق التصرف كالأخذ و التملك و غيرهما، كما أنّ المعروف ما عرف عند الناس. و بعبارة اخرى: المعروف ما يكون عند العقلاء متعارفاً، و أخذ اجرة المثل متعارف عندهم.

(١) تفسير العياشى ١: ٢٢٢ ح ٣١ و ٣٢؛ وسائل الشيعة ١٢: ١٨٧ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٩.

(٢) (٢، ٢) تفسير العياشى ١: ٢٢٢ ح ٣٢ و ٢٢٤ ح ٤٣؛ البرهان ١: ٣٤٤، ح ١٩.

(٤) تهذيب الأحكام ٩: ٢٤٤ ح ٤٢، البرهان ١: ٣٤٤، ح ٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٢٧

و أما إذا كان قادراً على كلا الأمرين، و هو يقدر على تحصيل معاشه و تدبير امور الصغار فيستحب له التعفف.

جواز أخذ الاجرة

القول الثانى: - و هو الأقوى - أنه إذا كان المتولّى لأمر الصبى غنياً يجوز له أخذ الاجرة، كما هو ظاهر النهاية «١» و الوسيلة «٢» و إصباح الشيعة «٣» و الشرائع «٤» و القواعد فى موضعين «٥» و التحرير «٦».

و صرح بذلك فى التذكرة، فقال: «الولّى إمّا أن يكون غنياً أو فقيراً، فإن كان غنياً استحَبّ له أن يستعفف عنه فلا يأكل منه شيئاً، عملاً بالآية، و هل يسوغ له مع الاستغناء أخذ شىء من ماله؟ الأقرب ذلك على سبيل اجرة المثل، و لا يأخذ زيادة عليه» «٧».

و فى مفتاح الكرامة: «و حقّه أن لا يفرّق فى جواز الأخذ بين الغنى و الفقر؛ لأنّ محطّ نظره هو العمل دون الفقر» «... ٨».

و كذا صرح بذلك فى الجواهر «٩» و وسيلة النجاة «١٠» و مهذب الأحكام «١١»

(١) النهاية للطوسى: ٣٦١.

(٢) الوسيلة لابن حمزة: ٢٧٩.

(٣) إصباح الشيعة: ٢٩٧.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٨.

(٥) قواعد الاحكام ٢: ١٣٥ - ٥٦٧.

(٦) تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٥٤٣.

(٧) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٣، الطبعة الحجرية.

(٨) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٢.

(٩) جواهر الكلام ٢٨: ٤٤٠.

(١٠) وسيلة النجاة ٢: ١٥١.

(١١) مهذب الأحكام ٢٢: ٢٢٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٢٨

و فى المسالك «١»: أن له وجه.

و يظهر هذا أيضاً من كلام السيّد المحقق الخوئى فى منهاج الصالحين «٢» و لكن أشكل قدس سره فى موضع آخر و قال: «إذا كان

غنياً ففيه إشكال، و الأحوط الترك» (٣).

و قال فى تحرير الوسيلة: «يجوز للقيم الذى يتولى امور اليتيم أن يأخذ من ماله اجرة مثل عمله؛ سواء كان غنياً أو فقيراً، و إن كان الأحوط الأولى للأول التجنب» (٤). و كذا فى تفصيل الشريعة (٥).

أدلة جواز أخذ الاجرة مع الغنى

و يمكن أن يستدلّ للقول الثانى بوجوه:

الأول: إطلاق الأخبار الواردة فى هذا الباب، التى تقدّم ذكرها فى المباحث السابقة.

الثانى: قاعدة «٦» احترام عمل المسلم (٧)؛ و هى أنّ عمل المسلم محترم

(١) مسالك الأفهام ٦: ٢٧٧.

(٢) منهاج الصالحين ٢: ٢٢٧.

(٣) نفس المصدر ٢: ٢١١.

(٤) تحرير الوسيلة ٢: ١٠٢، كتاب الوصية مسألة ٥٩.

(٥) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ٢٠٠.

(٦) و فى الاستدلال بهذه القاعدة تأمل جدّاً؛ فإنّ التصرف فى أموال اليتامى إنّما هو فى مقابل جعل الولاية و من آثار الولاية، و ليست معاوضة فى الواقع. م ج ف

(٧) و فى تحرير المجلة: من أسباب الضمان احترام عمل المسلم، فمن عمل عملاً لمصلحتك مع الإذن من حاكم الشرع أو مطلقاً، أو أمرته بأن يعمل لك عملاً فقام، فليس معناه أنّه عمله مجّاناً، بل عليك اجرة المثل له؛ لأنّ عمل المسلم محترم إلّا إذا قصد التبرّع، تحرير المجلة ١: ٨٨.

و الأصل فى هذه القاعدة قوله صلى الله عليه و آله:

لا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلّا عن طيب نفس منه،

وسائل الشيعة ٣: ٤٢٥ الباب ٣ من أبواب مكان المصلّى، ح ٣ مع اختلاف فى اللفظ، و عوالى اللئالى ٢: ١١٣ ح ٣٠٩. و أنّ حرمة ماله كحرمة دمه، و وسائل الشيعة ٨: ٥٩٩ الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة، ح ٩.

قال العلامة المحقق الاصفهانى فى حاشية المكاسب ٢/ ٢٩٠: «و أمّا قاعدة الاحترام، فتارةً يستند فيها إلى قوله صلى الله عليه و آله:

«لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه»

إمّا بدعوى أنّه لا يحلّ بلا عوض ... و اخرى: يستند إلى قوله عليه السلام:

«و حرمة ماله كحرمة دمه».

و قال السيّد الفقيه الخوئى: إذا أمر أحد لعامل بإتيان عمل ذى اجرة فعمله بدون قصد المجانيّة كان الأمر ضامناً للأجرة، و ذلك لقاعدة الاحترام.

و فيه ما لا يخفى: فإنّ معنى الاحترام عدم كون مال المسلم بمثابة المباحات الأصليّة بحيث لا حرمة لها، و يسوغ لأى أحد أن يستولى عليها و يستوفى عنها قهر و جبر، و أنّه لو أجبره على عمل استحقّ المجبور بدله و لزمه الخروج عن عهده. مستند العروة الوثقى، كتاب

الإجارة: ٣٩٠ - ٣٩١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٢٩
و مأجور، فليؤد أجرته إذا لم يقصد به التبرع «١». و هذا الاحترام بلحاظ رعاية سلطنة المسلم على عمله؛ و معنى احترام العمل هنا عدم جواز أمره بالعمل بلا جعل أجره له.
قال الشيخ الأعظم: «كلّ عمل وقع من عامل لأحد بحيث يقع بأمره و تحصيلاً لغرضه، فلا بدّ من أداء عوضه؛ لقاعدتي الاحترام و نفى الضرر» «٢» و كذا في تفصيل الشريعة «٣».
و في مهذب الأحكام: «إنّ قاعدة احترام العمل من القواعد النظامية المقررة شرعاً المتقنة، لا تصلح للتقييد بمثل الآية الكريمة المجملّة من هذه الجهة، و كذا ما سيقّت مساقها من الأخبار كما لا يخفى على اولى الأبصار» «٤»

(١) القواعد الفقهية للسيد كاظم المصطفوي: ٢٤.

(٢) المكاسب ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ١٩٠.

(٣) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ٢٠٠.

(٤) مهذب الأحكام ٢٢: ٢٢٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٣٠
الثالث: قاعدة نفى الضرر «١»؛ لأنّ المنفى بالقاعدة إمّا هو الحكم الضرري، أو المنفى بها هو الحكم بنفى موضوعه الضرري، و على كلّ حال أمر الشارع للوليّ و القيم بتولية أموال الصبيّ بلا جعل عوض و اجرة له إضرار «٢» بالوليّ و القيم؛ لأنّ الوليّ يصرف أوقاته بحفظ أموال الصبيّ و إصلاح اموره و تدبير شئونه، فإذا كان كلّ ذلك بلا عوض و اجرة تضرّر به، و هذا منفيّ بقاعدة نفى الضرر. كما أشار إلى ذلك في المختلف «٣».

و قال المحقق الفقيه القمي رحمه الله في جامع شتاته: «الاختلاف في المسألة من جهة الاختلاف في الأخبار و التفهّم في الآيات القرآنية، و الأرجح عندي هو القول بثبوت اجرة المثل مطلقاً» «٤».

و الدليل على ذلك أنّه عمل غير محرّم و محترم و كان مأذوناً فيه، بل هو مطلوب الشارع و أمر به، فيستحقّ الوليّ الاجرة؛ لأنّ المفروض أنّه لم يقصد التبرع، و أيضاً لو لم نقل بالاجرة يلزم الإضرار للوليّ؛ لأنّه صرف أوقاته لأموال اليتيم من دون اجرة و عوض... و لو لم يهتمّ بامور الصغار يلزم الإضرار لليتيم، و الضرر منفيّ في الإسلام» «٥».

امور هامّة ينبغي ذكرها

الأول: قال في الجواهر: «لا ينبغي ترك الاحتياط في هذه المسألة؛ لشدة التأكيد كتاباً و سنّة في التجنّب عن أموال اليتامى، خصوصاً بعد خبر رفاعه المروي

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٣٤٠ الباب ١٢ من كتاب إحياء الموات، ح ٣ و ٤ و ٥.

(٢) إضرار بهما في صورة الفقر دون الغنى. م ج ف.

(٣) مختلف الشيعة ٥: ٦٥.

(٤) أي سواء كان الوليّ فقيراً أو غنياً.

(٥) جامع الشتات ٢: ٤٧٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٣١

عن تفسير العياشى،

عن أبي عبد الله عليه السلام فى قوله - تعالى - : (فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) قال: كان أبى يقول: إنَّها منسوخة «١».

بل عن مجمع البيان، عن جماعة من أهل السنَّة تفسيرها بأخذ قدر الحاجة من مال اليتيم على جهة القرض ثم يردّ عليه ما أخذ إذا وجد، قال: هو المروى عن الباقر عليه السلام «٢».

و إن كان الثابت عندنا خلافهما كما تقدّم «٣».

الثانى: قال فى القواعد: «يجوز أن يجعل للوصى جعلًا، و لو لم يجعل جاز له أخذ اجرة المثل عن نظره فى ماله» «٤»، و كذا فى التحرير «٥»، و الدروس «٦» و فى المختصر النافع: «إذا أذن له فى الوصية جاز» «٧».

و قال المحقق الثانى: «لا ريب فى جواز بذل جعل للوصى على عمله كما فى الوصاية ... فلو لم يجعل له فتولّى امور الأطفال و قام بمصالحهم كان له أن يأخذ عن تصرفه عوضاً» «٨».

و به قال فى مفتاح الكرامة «٩».

و يدلّ عليه ما تقدّم من الأدلّة. هذا مع نيّة أخذ العوض بعمله. و هكذا لو ذهل

(١) تفسير العياشى ١: ٢٢٢ ح ٣٣.

(٢) مجمع البيان ٣: ٢٠.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ٤٤١.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٧.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٨٢.

(٦) الدروس الشرعية ٢: ٣٢٧.

(٧) المختصر النافع: ٢٦٦.

(٨) جامع المقاصد ١١: ٣٠١.

(٩) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٣٢

عن القصد فالظاهر جواز الأخذ؛ لأنّه مأمور بالعمل من الشارع فيستحقّ عوضه.

و أمّا لو نوى التبرّع بعمله لم يكن له أخذ شىء مطلقاً، كما فى المسالك «١» و فى الرياض: «بشرط أن لا يكون بعمله متبرّعاً» «٢»، و كذا فى مفاتيح الشرائع «٣» و الجواهر «٤».

و هكذا لم يجز للوصى أخذ شىء من أموال الأيتام، إذا عيّن الموصى مقدار المال الموصى به و طبقه على مصرفه المعين المقدّر، بحيث لم يُبق شيئاً لاجرة الوصى و استلزم أخذ الاجرة إمّا الزيادة عن المال الموصى به، أو النقصان فى مقدار المصرف، كما إذا أوصى بأن يصرف ثلثه، أو عيناً معيناً من تركته أو مقداراً من المال، كألف درهم فى استئجار عشرين سنه عباده كلّ سنه كذا مقداراً، و قد ساوى المال مع المصرف كما فى الوسيلة «٥» للسيد الفقيه الاصفهانى. و كذا فى تحريرها «٦». و فى تفصيل الشريعة فى شرح كلام الماتن: «لم يجز له أن يأخذ الاجرة- و لو اجرة المثل- لنفسه؛ لأنّه بقوله الوصية الكذائية، أو بعدم ردّها مع الإمكان، كأنه تبرّع بإجراء الوصية و تنفيذها و عدم أخذ الاجرة أصلاً» «٧».

الثالث: قال السيورى: «إذا جعل الموصى للوصى شيئاً لحقّ سعيه، فإن كان اجرة مثله من غير زيادة صحّ بلا خلاف. و إن زاد، فإن

خرجت الزيادة من الثلث

- (١) مسالك الأفهام ٢٧٨.
 - (٢) رياض المسائل ٦: ٢٨٨.
 - (٣) مفاتيح الشرائع ٣: ١٨٨.
 - (٤) جواهر الكلام ٢٨: ٢٤٠.
 - (٥) وسيلة النجاة ٢: ١٥١-١٥٢.
 - (٦) تحرير الوسيلة ٢: ١٠٢ مسألة ٥٩.
 - (٧) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ٢٠١.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٣٣
- صح أيضاً، و إلاً اعتبرت إجازة الوارث» «١». و كذا فى الجواهر «٢» و الرياض «٣».
- الرابع: فى مفتاح الكرامة: هذا النزاع فى الولي الذى لم يكن أميناً للحاكم كالأب و الجدّ و الوصى و غيرها. و أمّا من يجعله الحاكم أميناً فيمكن أن يكون له أخذ أجره المثل و إن كان غنياً، و يجوز للحاكم أن يعين له ذلك إذا لم يوجد المتبرع «٤».
- و فى الجواهر: «ما لم يوجد المتبرع الجامع للشرايط، فلا- يجوز للحاكم مثلاً أن يجعل النظر إلى غيره ممن يريد الاجرة بلا مصلحة لليتيم» «٥».

آراء فقهاء أهل السنة فى جواز أخذ الاجرة من مال الطفل:

اشتهر بينهم أنه لا يجوز للغنى أخذ الاجرة من مال الطفل، و للفقير أن يأكل بالمعروف من غير إسراف. فنذكر كلماتهم فى ذلك:

أ- الحنفية

جاء فى بدائع الصنائع: «لا خلاف فى أنه- أى وليّ اليتيم- إذا كان غنياً لا يأكل لقوله- تعالى:- (وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ) «٦».

فأمّا إذا كان فقيراً فهل له أن يأكل على سبيل الإباحة، أو ليس له أن يأكل إلاً قرصاً، اختلف فيه الصحابة» «٧». فعندهم فيه قولان:

(١) التنقيح الرائع ٢: ٣٩٦.

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٤٤١.

(٣) رياض المسائل ٦: ٢٨٨.

(٤) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٢، زبدة البيان ٢: ٦١٢.

(٥) جواهر الكلام ٢٨: ٤٣٧.

(٦) سورة النساء ٤: ٦.

(٧) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٣٤

الأول: أنه يأكل على سبيل الإباحة، و استدللّ له بظاهر قوله- تعالى:- (وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) «١».

أطلق الله عزّ شأنه لوليّ اليتيم أن يأكل من مال اليتيم بالمعروف، و هو الوسط من غير إسراف.

و بما روى أن رجلاً سأل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال: لا أجد شيئاً و ليس لى مالٌ و لى يتيمٌ؟ قال: «كُلُّ من مال يتيمك غير مسرفٍ و لا متأثلٍ»، قال: و أحسبه، قال:

«و لا تقى مالك بماله» «٢» «٣».

و به قال فى أحكام الصغار «٤».

و فى مختصر اختلاف العلماء: «و يستقرض الوصى من مال اليتيم إذا احتاج إليه ثم يقضيه، و يأكل الوصى من مال اليتيم بقدر عمله فيه إذا لم يضر بالصبي» «٥».

الثانى: أنه لا يأكل إلّا قرضاً، و استدلل له بقوله - تعالى -: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ﴾ «٦» أمر سبحانه و تعالى بالإشهاد على الأيتام عند دفع المال إليهم. و لو كان المال فى أيدى الأولياء بطريق الأمانة، لكان لا حاجة إلى الإشهاد؛ لأنّ القول قول الولي إذا قال: دفعت المال إلى اليتيم عند إنكاره. و إنما

(١) سورة النساء ٤: ٤.

(٢) سنن ابن ماجه ٣: ٣٢١ ح ٢٧١٨، سنن أبى داود ٣: ١٩٧ ح ٢٨٧٢، سنن النسائي ٦: ٢٥٦.

(٣) و جاء فى سنن أبى داود:

«كُلُّ من مال يتيمك غير مسرف، و لا مبادر، و لا متأثلٍ».

و فى هامشه: قال الشيخ: قوله: «غير متأثلٍ» أى غير متّخذٍ منه أصل مال. و أثله الشىء: أصله.

و وجه إباحته الأكل من مال اليتيم أن يكون ذلك على معنى ما يستحقّه من العمل فيه و الاستصلاح له، و أن يأخذ منه بالمعروف على قدر مثل عمله.

و قوله:

«و لا تقى مالك بماله»:

أى لا تحفظ مالك بصرف مال اليتيم فى حاجتك.

(٤) أحكام الصغار: ٣٥٨.

(٥) مختصر اختلاف العلماء ٥: ٧٩.

(٦) سورة النساء ٤: ٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٣٥

الحاجة إلى الإشهاد عند الأخذ قرضاً ليأكل منه؛ لأنّ فى قضاء الدين القول قول صاحب الدين، لا قول من يقضى الدين «١». و فيه: أنّ هذا الاشهاد مستحب؛ لأنّ القول قول الولي لأنه أمين، و أمر الله تعالى بالإشهاد تنبيهاً على التحصين و زوالاً للتهم.

ب- الشافعية

و فى المهذب: «إن أراد أن يأكل من ماله نظرت، فإن كان غنياً لم يجز، لقوله - تعالى -: (وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسِّرْ تَعْفُفٌ) «٢». و إن كان فقيراً جاز أن يأكل؛ لقوله - تعالى -: (وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) «٣» «٤».

قال النووى فى شرحه: «قوله: (وَلْيَسْتَعْفِفِ) يقال: عفّ عن المسألة، و استعفّ؛ أى كفّ - إلى أن قال: - و قيل: يجوز للوصي أن يأخذ من مال اليتيم قدر عمالته... و قيل: لا يأكل منه إلّا عند الحاجة» «٥». و به قال فى الوجيز «٦».

و عند الرافعي و النووى: «أنه ليس للولي أخذ اجرة و لا نفقة من مال الصبي إن كان غنياً، و إن كان فقيراً، فإن قطع بسببه عن اكتسابه فله أخذ قدر نفقته.

و في تعليق الشيخ أبي حامد أنه يأخذ أقلّ الأمرين من قدر النفقة و اجرة المثل «(٧)» .
و كذا في معنى المحتاج «(٨)» و نهاية المحتاج «(٩)»

(١) انظر بدائع الصنائع ٤: ٣٥٢-٣٥٣.

(٢) سورة النساء ٤: ٦.

(٣) سورة النساء ٤: ٦.

(٤) المهذب لأبي إسحاق الشيرازي ١: ٣٣٠.

(٥) المجموع شرح المهذب ١٤: ١٣٨.

(٦) الوجيز ١: ٣٤٥.

(٧) العزيز شرح الوجيز ٥: ٨٢، روضة الطالبين ٣: ٤٧٨، المجموع ١٤: ١٤٠.

(٨) معنى المحتاج ٢: ١٧٦.

(٩) نهاية المحتاج ٤: ٣٨٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٣٦

ج- الحنابلة

إنهم قالوا- كالشافعية تقريباً-: «إنّ للولي أن يأكل من مال الصبي بقدر عمله إذا احتاج إليه، و ليس له إلّا أقلّ الأمرين من اجرة مثله، أو قدر كفايته» «(١)» .

قال ابن قدامة في المقنع: «و للولي أن يأكل من مال المولى عليه بقدر عمله إذا احتاج إليه» «(٢)» .

و في الكافي: «و ليس له إلّا أقلّ الأمرين من اجرته أو قدر كفايته؛ لأنه يستحقّه بالعمل و الحاجة معاً» «(٣)» .

و جاء في الشرح الكبير: «و للولي أن يأكل من مال المولى عليه بقدر عمله إذا احتاج إليه، و إن كان غنياً لم يجز له ذلك إذا لم يكن أباً؛ لقوله- تعالى:- (وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) «(٤)» . و إذا كان فقيراً فله أقلّ الأمرين: اجرته، أو قدر كفايته؛ لأنه يستحقّه بالعمل و الحاجة جميعاً، فلم يجز أن يأخذ إلّا ما وجد فيه». و كذا في المغنى «(٥)» .

و في الإنصاف: «و الصحيح من المذهب: أنه لا يأكل إلّا الأقلّ من اجرة مثله أو قدر كفايته» «(٦)» .

د- المالكية

ذهب المالكية إلى أنه يجوز أن يأكل الولي من مال الصبي بقدر اجرة عمله

(١) الإقناع ٢: ٢٢٨، كشاف القناع ٣: ٥٣١، الفروع ٤: ٢٤٥، المحرر ١: ٣٤٧، المبدع ٤: ٣٤٥، منتهى الإرادات ٢: ٥٠٨.

(٢) المقنع في فقه أحمد لابن قدامة: ١٢٦.

(٣) الكافي في فقه أحمد لابن قدامة ٢: ١٠٧.

(٤) سورة النساء ٤: ٦.

(٥) الشرح الكبير ٤: ٥٣١، المغنى ٤: ٢٩٥.

(٦) الإنصاف ٥: ٣٠٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٣٧

أو قدر كفايته، إلّا أن يكون غنياً فلا يجوز.

قال القرافى: «جوز... و أن يأكل الأمين و الولي من مال اليتيم إلا أن يكونا غنيين لقوله - تعالى -: (وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ)» (١).
 و جاء فى المعونة: «إذا كان وصي اليتيم أو الأمين محتاجاً جاز أن يأكل من مال اليتيم بقدر أجر مثله» (٢).
 قال الكشناوى: «قوله: فإن كان فقيراً فله أجره مثله؛ أى لقوله - سبحانه و تعالى -: (وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ)». قال الحافظ
 السيوطى: بقدر أجره عمله؛ أى ما لم تزد على كفايته، و إلا فله كفايته فقط، و هذا مذهب الشافعى.
 و عند مالك: له أجره مثله مطلقاً زادت على كفايته أو لا» (٣)

(١) الذخيرة ٨: ٢٤٠.

(٢) المعونة على مذهب عالم المدينة ٢: ١٦٣.

(٣) أسهل المدارك ٢: ١٦٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٣٩

الفصل الرابع فى استيفاء حقوق الطفل

تمهيد

قد تقدم ثبوت ولاية الأولياء فى التصرف فى مال الصغير و نفسه، فكذلك لهم الولاية فى استيفاء حقوقه، و يدل على ذلك إطلاق
 التعليل الوارد فى ذيل صحيحة محمد بن مسلم و معتبرة عبيد بن زرارة:
 «لأن والده هو الذى يلى أمره» (١).
 و أمر الصبي مطلق يشمل المال و النفس و الحق.
 مضافاً إلى أن نفس جعل الولاية للصغار تقتضى ذلك.
 بتعبير آخر: بما أن الصغار ليسوا من أهل التصرف و يحتاجون فى جميع شئونهم إلى من يعينهم، جعل الله تعالى الولاية لهم حتى
 يتصرف الأولياء فى كل ما ارتبط بهم من الأموال و الأنفس. و كذلك استيفاء حقوقهم، مثل حق الشفعة، و حق الخيار، و حق
 القصاص، و قطع الدعاوى، و قبول الهبة، و الصدقة، و الوصية، و الوقف و غير ذلك.
 و للتحقيق فى ذلك عقدنا هذا الفصل. و نظراً لاختلاف هذه الحقوق من حيث الحكم و الأثر نقسمه إلى مباحث:

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٩٧ و ٢٩٩ الباب ٤ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ١ و ٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٤٠

المبحث الأول: استيفاء حق الشفعة

إشارة

الشفعة حق ثابت بالسنة و الإجماع، و لصاحبه المطالبة به أو تركه.
 و قد صرح الأصحاب بثبوت الشفعة للصبي (١)، و يتولى وليه الأخذ بها مع الغبطة، و لا يجب أن ينتظر بلوغه و رشاده.
 قال الشيخ فى النهاية: «و الشفعة تثبت... للصغير كما تثبت للكبير، و للمتولى الناظر فى أمر اليتيم أن يطالب بالشفعة إذا رأى ذلك
 صلاحاً له» (٢). و كذا فى المبسوط (٣) و الخلاف (٤). و به قال الصدوق (٥) و المفيد (٦). و اختاره أيضاً ابن زهرة (٧) و القاضى (٨)

و أبو الصلاح الحلبي «٩» و ابن إدريس «١٠».

و قال المحقق قدس سره: «و ثبت - الشفعة - للغائب و السفية، و كذا المجنون و الصبي،

(١) الشفعة - كغرفة - و هي في الأصل التقوية و الإعانة، القاموس الجامع: ٢٨٥. و قال ابن منظور: «و هي مشتقة من الزيادة؛ لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به». لسان العرب: ٣ / ٤٥١.

و المقصود منها في اصطلاح الفقهاء: «كل شيء كان بين شريكين من ضياع أو عقار أو حيوان أو متاع، ثم باع أحدهما نصيبه، كان لشريكه المطالبة بالشفعة، و وجب عليه مثل ثمنه الذي يبع به» النهاية للطوسي: ٤٢٣ - ٤٢٤.

(٢) النهاية للطوسي: ٤٢٤.

(٣) المبسوط للطوسي ٣: ١٢٢.

(٤) الخلاف ٣: ٤٤٣.

(٥) المنفع: ٤٠٦.

(٦) المقنعة: ٦١٨.

(٧) غنية النزوع: ٢٣٧.

(٨) المهذب ١: ٤٥٤.

(٩) الكافي في الفقه: ٣٦٢.

(١٠) السرائر ٢: ٣٩١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٤١

و يتولى الأخذ وليهما مع الغبطة» (١).

و اختاره العلامة في جملة من كتبه «٢» و جماعة من المتأخرين «٣» و بعض المعاصرين «٤».

قال في تحرير الوسيلة: «و كذا ثبت للصغير و المجنون و إن كان المتولى للأخذ بها عنهما وليهما. نعم، لو كان الولي، الوصي ليس له ذلك إلا مع الغبطة و المصلحة، بخلاف الأب و الجد، فإنه يكفي فيها عدم المفسدة» (٥).

أدلة استيفاء حق الشفعة للصبي

يمكن الاستدلال لإثبات هذا الحكم بامور:

الأول: الإجماعات التي حكاها الشيخ «٦» و العلامة «٧» و السيد أبو المكارم «٨» و صاحب الجواهر «٩».

الثاني: النصوص التي تدل على ثبوت الشفعة للشريك «١٠»

(١) شرائع الإسلام ٣: ٢٥٥، المختصر النافع: ٢٥٨.

(٢) قواعد الاحكام ٢: ٢٤٤، مختلف الشيعة ٥: ٣٧٨، تذكرة الفقهاء ١: ٥٩٣ الطبعة الحجرية، إرشاد الأذهان ١: ٣٨٥.

(٣) الدروس الشرعية ٣: ٣٦٠، اللعة الدمشقية: ٩٩، جامع المقاصد ٦: ٣٦٧، مسالك الأفهام ١٢: ٢٨٦، الروضة البهية ٤: ٤٠٠، مجمع

الفائدة و البرهان ٩: ٢٤، رياض المسائل ٨: ٣٨٢، كفاية الأحكام: ١٠٥، مفتاح الكرامة ٦: ٣٣٦، الحدائق الناضرة ٢٠: ٣١٣، جواهر

الكلام ٣٧: ٢٩٠.

(٤) منهاج الصالحين للسيد الخوئي ٢: ٧٤ - ٧٥، مهذب الأحكام ١٨: ١٣٩.

(٥) تحرير الوسيلة ١: ٥٣١، كتاب الشفعة مسألة ١١.

شيرازي، قدرت الله انصاري و پژوهشگران مركز فقهی ائمه اطهار عليهم ا، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ٤ جلد، مركز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، قم - إيران، اول، ١٤٢٩ هـ ق موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها؛ ج ٢، ص: ٤٤١ (٦) الخلاف ٣: ٤٤٣.

(٧) تذكرة الفقهاء ١: ٥٩٣، الطبعة الحجرية.

(٨) غنية النزوع: ٢٣٧.

(٩) جواهر الكلام ٣٧: ٢٩٠.

(١٠) وسائل الشيعه ١٧: ٣١٥ الباب ١ من كتاب الشفعة، ح ١ و ص ٣١٦ الباب ٣، ح ١ و ٢ و ص ٣٢٠ الباب ٧، ح ١ و ٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٤٢

فقد ورد في بعضها أنه قال عليه السلام:

«الشفاعة لكل شريك لم يقاسم» (١)،

فعمومه يشمل الصبي أيضاً، و كل حق هو للصبي يتولاه الولي.

الثالث: بعض الأخبار الخاصة، مثل خبر السكوني - الذي رواه المشايخ الثلاثة -

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين: «وصي اليتيم بمنزلة أبيه، يأخذ له الشفاعة إذا كان له رغبة» (٢).

و ضعفه منجر بعمل الأصحاب. قال في مجمع الفائدة و البرهان: «و لا يضرّ عدم الصحّة؛ لأنها مقبولة و مؤيدة» (٣).

للصبي أخذ الشفعة بعد البلوغ

لو ترك الولي المطالبة بالشفعة مع كونها مصلحة للصغير، فله الأخذ بها بعد بلوغه بلا خلاف و لا إشكال، كما في المبسوط (٤) و

الخلاف (٥) و المقنعة (٦) و الغنية (٧) و السرائر (٨) و الشرائع (٩) و النافع (١٠) و التذكرة (١١) و الدروس (١٢) و اللمعة (١٣)

(١) نفس المصدر: الباب ٣ من كتاب الشفعة، ح ٣.

(٢) نفس المصدر: الباب ٦ من كتاب الشفعة، ح ٢.

(٣) مجمع الفائدة و البرهان ٩: ٢٤.

(٤) المبسوط للطوسي ٣: ١٢٢.

(٥) الخلاف ٣: ٤٤٤.

(٦) المقنعة: ٦١٨.

(٧) غنية النزوع: ٢٣٧.

(٨) السرائر ٢: ٣٩١.

(٩) شرائع الإسلام ٣: ٢٥٥.

(١٠) المختصر النافع: ٢٥٨.

(١١) تذكرة الفقهاء ١: ٥٩٣، الطبعة الحجرية.

(١٢) الدروس الشرعية ٣: ٣٦٠.

(١٣) اللعنة الدمشقية: ٩٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٤٣

و الروضة «١» و غيرها «٢».

و دليله - بعد الإجماع «٣» - أن التأخير وقع لعذر، و هو الصبا، و تقصير الولي بالتراخي لا- يسقط حق المولى عليه، و الحق ليس متجدداً له عند الكمال، بل هو مستمر، و إنما المتجدد أهلية الأخذ لا أصل الحق.

قال فى الجواهر: «و لا- ينافيه أيضاً الضرر على المشتري بطول الانتظار؛ إذ هو كالاتجاه فى مقابل النص و الفتوى، خصوصاً بعد أن كان هو السبب فى إدخال الضرر على نفسه ذلك «٤»، و خصوصاً بعد ثبوت مثله فى الغائب.

بل لعل الأقوى أيضاً جواز تجديد الولي الأخذ و إن ترك سابقاً أو عفا؛ لبطان تركه و عفو، فلا يترتب على أحدهما أثر، و ليس هما من التراخي المسقط للشفعة قطعاً؛ لأن تقصيره السابق بمنزلة عدمه بعد فرض بقاء حق الشفعة للمولى عليه «٥». و كذا فى المسالك «٦».

ليس للصبى أخذ الشفعة بعد البلوغ

لو لم يكن فى أخذ الولي بالشفعة مصلحة، لم يكن للصبى بعد البلوغ الأخذ بها.

ففى المسالك: «إن باعه بأكثر من ثمن المثل أو به و لم يكن للمولى عليه مال، و احتاج إلى بيع عقار هو المأخوذ و نحو ذلك، لم يصح الأخذ؛ لأن فعله

(١) الروضة البهية ٤: ٤٠٠.

(٢) جامع المقاصد ٦: ٣٦٧، مجمع الفائدة و البرهان ٩: ٢٤، مفتاح الكرامة ٦: ٣٣٦، كفاية الأحكام: ١٠٥، رياض المسائل ٨: ٣٨٢، جواهر الكلام ٣٧: ٢٩١.

(٣) غنية النزوع: ٢٣٧.

(٤) أى بشرائه شقص شريك اليتيم.

(٥) جواهر الكلام ٣٧: ٢٩١.

(٦) مسالك الأفهام ١٢: ٢٨٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٤٤

مقيد بالمصلحة «١».

و فى جملة من كتب العلامة «٢» و الروضة «٣» و جامع المقاصد «٤»: أنه لا شفعة للصبى بعد الكمال إذا كان الترك من الولي أصلح من الأخذ.

و استدلل فى المختلف: ب «أن فعل الولي مع المصلحة ماضٍ، و ليس للصبى نقضه بعد رشده و قد ترك، فلم يكن للصبى الأخذ كغيره من التصرفات» «٥».

و أما لو جهل الحال أن ذلك كان لمصلحة أو لا؟

ففى استحقاق الصبى الأخذ بعد الكمال نظراً إلى وجود السبب؛ أى بيع الشريك، فيستصحب ثبوت الشفعة بنفس البيع، أو عدم استحقاقه للشفعة؛ لأنها مقيدة بالمصلحة و لم تعلم، و جهان: أوجهما الثانى، و هو عدم استحقاقه للشفعة بعد الكمال، كما قال به الشهيد الثانى «٦».

وقال في جامع المقاصد: «و في استحقاقها المطالبة و الحال هذه نظر؛ لأنَّ المطالبة فرع الثبوت حينئذٍ، و الثبوت إنما يتحقق مع المصلحة، و الفرض جهالة الحال، فلا مقتضى للثبوت، و هذا وجيه» (٧).

أخذ الولي الشفعة عند فقهاء أهل السنة

الظاهر أنه لا خلاف بينهم أيضاً في أن الولي يأخذ للصبى بالشفعة أو يترك بحسب المصلحة، و لنذكر شرطاً من كلماتهم في ذلك الباب:

(١) نفس المصدر ١٢: ٢٨٧.

(٢) تذكرة الفقهاء ١: ٥٩٣، الطبعة الحجرية، قواعد الأحكام ٢: ٢٤٤، مختلف الشيعة ٥: ٣٧٨.

(٣) الروضة البهية ٤: ٤٠٠.

(٤) جامع المقاصد ٦: ٣٦٧.

(٥) مختلف الشيعة ٥: ٣٧٨.

(٦) الروضة البهية ٤: ٤٠٠.

(٧) جامع المقاصد ٦: ٣٦٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٤٥

أ- الشافعية

جاء في البيان: «و إن بيع شقص في شركة الصبي، فإن كان للصبى حظ في الأخذ؛ بأن كان له مال يريد أن يشتري له به عقاراً، أخذ له بالشفعة. و إن كان الحظ له بالترك؛ بأن كان لا مال له يريد أن يشتري له به ... لم يأخذه له بالشفعة.

فإن أخذ له الولي في موضوع يرى له الحظ في الأخذ فبلغ الصبي، و أراد أن يرد ما أخذ له الولي، لم يملك ذلك؛ لأنَّ ما فعله الولي ممَّا فيه الحظ لا يملك الصبي بعد بلوغه رده، و إن ترك الولي الأخذ له في موضع رأى الحظ له في الترك، فأراد الصبي بعد بلوغه أن يأخذه، ففيه وجهان:

أحدهما: من أصحابنا من قال: له ذلك؛ لأنه بعد بلوغه يملك التصرف فيما له فيه حظ، و فيما لا حظ له فيه.

الثاني ... أنه ليس له ذلك؛ لأنَّ الولي قد اختار الترك بحسن نظره، فلم يكن له نقض ذلك» (١).

و به قال الرافعي (٢) و النووي (٣) و الخطيب الشربيني (٤) و الأنصاري (٥).

ب- المالكية

ففي التاج و الإكليل: «قال مالك: و للصغير الشفعة يقوم بها أبوه أو وصيه، فإن لم يكونا فالإمام ينظر له، و إن لم يكن له أب و لا وصي و هو بموضع لا سلطان فيه، فهو على شفيعته إذا بلغ - إلى أن قال: - فإذا وجبت الشفعة للصغير، كان الأمر

(١) البيان ٦: ٢١٢.

(٢) العزيز شرح الوجيز ٥: ٨١.

(٣) روضة الطالبين ٣: ٤٧٨، المجموع شرح المهذب ١٤: ١٢٩، منهاج الطالبين ٢: ١٢٧.

(٤) مغنى المحتاج ٢: ١٧٦.

(٥) نهاية المحتاج ٤: ٣٧٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٤٦

فيها لوليّه من أب أو وصيّ أو حاكم من أخذ و ترك.

فإن رشد الصبّي بعد ذلك لم يكن له أخذ ما ترك، و لا ترك ما أخذ، إلّا أن يتبين أنّ الأخذ لم يكن من حسن النظر لغلائه» (١).

و به قال الدسوقي «٢» و الزرقاني «٣» و ابن شاس «٤» و القرافي «٥». و كذا في حاشية الخرشى «٦».

ج- الحنفية

جاء في المبسوط: «إنّ الشفعة تثبت للصغير، و أنّ وليّه يقوم مقامه في الأخذ له؛ لأنّه أخذ بطريق التجارة، و فيه دفع الضرر عن اليتامى،

و توفير المنفعة عليهم، و لهذا المقصود أقام الشرع وليّه مقامه» (٧).

و في البدائع: «إذا بيعت دار و الصبّي شفيعها، كان لوليّه أن يطالب بالشفعة و يأخذ له؛ لأنّ الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري، و

الوليّ يملك ذلك كما يملك الشراء، فإن سلّم الشفعة صحّ التسليم، و لا شفعة للصبّي إذا بلغ عند أبي حنيفة و أبي يوسف؛ ... لأنّ

الوليّ يتصرّف في مال الصبّي على وجه المصلحة، و المصلحة قد تكون في الشراء، و قد تكون في تركه، و الوليّ أعلم بذلك فيفوض

إليه» (٨)

(١) مواهب الجليل و التاج و الإكليل ٧: ٣٨٨، المدوّنة الكبرى ٥: ٤٠٣.

(٢) حاشية الدسوقي ٣: ٣٠١.

(٣) شرح الزرقاني ٣: ٣٠٠.

(٤) عقد الجواهر الثمينه ٢: ٦٣٠.

(٥) الذخيرة ٨: ٢٤٠.

(٦) حاشية الخرشى ٦: ٢٤٥.

(٧) المبسوط للسرخسي ١٤: ٩١.

(٨) بدائع الصنائع ٤: ١١٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٤٧

و كذا في أحكام الصغار «١» و مختصر اختلاف العلماء «٢».

د- الحنابلة

قال في المغنى: «إذا بيع في شركة الصغير شقص «٣» ثبت له الشفعة في قول عامّة الفقهاء، منهم الحسن و مالك و الأوزاعي و

الشافعي ... و قال ابن أبي ليلى:

لا شفعة له و روى: ذلك عن النخعي و ... لأنّ الصبّي لا يمكنه الأخذ و لا يمكن انتظاره حتّى يبلغ؛ لما فيه من الإضرار بالمشتري، و

ليس للوليّ الأخذ؛ لأنّ من لا يملك العفو لا يملك الأخذ ... ثمّ قال في ردّ هذا الاستدلال: قولهم: لا يمكن الأخذ، غير صحيح؛ فإنّ

الوليّ يأخذ بها كما يرّد المعيب، و قولهم: لا يمكنه العفو، يبطل بالوكيل فيها و بالردّ بالعيب، فإنّ وليّ الصبّي لا يمكنه العفو و يمكنه

الردّ.

و استدللّ لقول عامّة الفقهاء بعموم الأحاديث «٤». و بأنّه خيارٌ جُعِلَ لإزالة الضرر عن المال، فيثبت في حقّ الصبّي كخيار الردّ بالعيب.

ثمّ قال: إن لم يأخذ الوليّ انتظار بلوغ الصبّي، كما ينتظر قدوم الغائب، و ما ذكره من الضرر في الانتظار يبطل بالغائب «٥»

(١) أحكام الصغار: ٢٣٣.

(٢) مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٤٤، الرقم ١٩٥٥.

(٣) الشقص و الشقيص: النصيب فى العين المشتركة من كل شىء، النهاية لابن الأثير ٢: ٤٩٠. و فى القاموس ٢: ٣١٨، الشقص بالكسر: السهم و النصيب.

(٤) صحيح البخارى ٣: ٤٩ ح ٢٢١٣، ٢٢١٤، ص ٦٣ ح ٢٢٥٧، سنن الترمذى ٣: ٦٠٤ ح ١٣١٥.

(٥) المغنى ٥: ٤٩٥-٤٩٦، الشرح الكبير ٥: ٤٨٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٤٨

المبحث الثانى: استيفاء حق الخيار للصبي

إشارة

و للولى أيضاً استيفاء حق الخيار «١» للصبي كسائر تصرفاته مثل خيار المجلس و الشرط و الحيوان، و لعله مثل خيار العيب و الرؤية و غيرها أيضاً؛ لأنّ الولي هو المتبايع، و المتبايعان بالخيار.

قال فى المبسوط: «إذا أراد أن يشتري لولده من نفسه، و أراد الانعقاد، ينبغى أن يختار لزوم العقد عند انعقاد العقد، أو يختار بشرط بطلان الخيار» «٢».

و كذا فى المهذب «٣».

و فى الدروس: «و العاقد عن اثنين له الخيار، و يبطل بما يبطل به خيار المتعاقدين» «٤».

و قال فى التذكرة: «إذا باع مال نفسه من ولده الصغير أو بالعكس، فالأقرب ثبوت الخيار هنا- و هو أصحّ وجهى الشافعية-؛ لأنّ الولي هنا قائم مقام الشخصين فى صحّة العقد، فكذا فى الخيار ... و الثانى: لا يثبت؛ لأنّ لفظ الخبر:

«البيعان» و ليس هنا اثنان. و الجواب: أنّه ورد على الغالب.

و على ما قلناه يثبت الخيار للولى و للطفل معاً، و الولي نائب عن الطفل،

(١) الخيار: اسم بمعنى طلب خير الأمرين، و يقال: هو بالخيار: يختار ما يشاء، المعجم الوسيط: ٢٦٤. و فى مجمع البحرين ١: ٥٦٦. و

الخيار: هو الاختيار، و يقال: هو اسم من تخيرت الشىء ... و الاختيار الاصطفاء. و عرفه الفقهاء: بأنّه ملك إقرار العقد و إزالته بعد وقوعه مدّة معلومة، جواهر الكلام ٢٣: ٣، أو بأنّه «ملك فسخ العقد»، كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٨: ١١، «و الأولى

أن يقال: إنّ الخيار حقّ اصطفاء الفسخ»، كتاب البيع للإمام الخميني ٤: ٥ و ٨.

(٢) المبسوط للطوسى ٢: ٧٨.

(٣) المهذب للقاضى ابن البراج ١: ٣٥٣.

(٤) الدروس الشرعية ٣: ٢٦٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٤٩

فإن التزم لنفسه و للطفل لزم. و إن التزم لنفسه بقى الخيار للطفل، و إن التزم للطفل بقى لنفسه.

ثمّ قال: «و كذا لو باع مال أحد ولديه على الآخر و هما صغيران، و البحث كما تقدّم» «١» و احتمله أيضاً فى المختلف «٢». و به قال المحقق «٣» و الشهيد الثانى «٤».

أدلة ثبوت حق الخيار للصبي

و يمكن الاستدلال لإثبات هذا الحكم بوجوده:

الأول: الإجماع على ثبوته فى كل بيع، كما حكى عن الغنية معتضداً بالشهرة العظيمة فى المقام «٥». و لكنّ الموجود فيما عندنا من نسخ كتاب الغنية ما يقرب من ذلك و ليس صريحاً به «٦».

الثانى: عموم النصوص الواردة من طريق الخاصّة و العامّة، مثل:

صحيحة

محمد بن مسلم، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم:

«البيعان بالخيار حتى يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام» «٧».

و كذا صحيحة زرارة ٨ و صحيحة فضيل و غيرها ٩.

و ما رواه الحلبي، عن أبى عبد الله عليه السلام أنّه قال: «فى الحيوان كلّ شرط ثلاثة

(١) تذكرة الفقهاء ١١: ٩-١٠.

(٢) مختلف الشيعة ٥: ٩٦.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٢.

(٤) مسالك الأفهام ٣: ١٩٧.

(٥) مفتاح الكرامة ٤: ٥٤٥، جواهر الكلام ٢٣: ٢٠.

(٦) و جاء فى الغنية: «إذا جنّ من له الخيار أو اغمى عليه انتقل الخيار إلى وليه، بدليل الإجماع المشار إليه». غنية النزوع: ٢٢١.

(٧) (٧-٩) الوسائل ١٢: ٣٤٥ الباب ١ من أبواب الخيار، ح ١-٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٥٠

أيام للمشتري، فهو بالخيار فيها إن اشترط أو لم يشترط» «١».

و قوله صلى الله عليه و آله و سلم:

«المؤمنون عند شروطهم» «٢».

و فى سنن ابن ماجه:

قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» «٣».

و ما ورد من طريق أهل السنّة من أنّ المتبايعين كلّ واحدٍ منهما بالخيار على صاحبه إلّا بيع الخيار «٤». و لا شك أنّ عنوان البيع أو المتبايع يصدق على الوليّ الذى باع عن المولّى عليه.

قال الشيخ الأعظم فى إثبات الخيار للوكيل: «و إن كان وكيلاً فى التصرف المالى كأكثر الوكلاء، فإن كان مستقلاً فى التصرف فى مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضة بعد تحقّقها- نظير العامل فى القراض و أولياء القاصرين- فالظاهر ثبوت الخيار له؛ لعموم النصّ. و دعوى تبادل المالكين ممنوعة، خصوصاً إذا استندت إلى الغلبة؛ فإنّ معاملته الوكلاء و الأولياء لا تحصى» «٥».

الثالث: أنّ مناط الخيار- و هو البيع- موجود فى المقام، للقطع بعدم الفرق بين كون البائع هو المالك الأصلي أو وليه.

الرابع: أنّ الخيار من توابع العقد، و هو الظاهر من الأخبار المتقدمة. بتعبير آخر: يصدق على الوليّ أنّه بائع، و الخيار ثابت للبائع بمقتضى الأخبار.

و بالجملة: ثبوت هذا الخيار للوليّ ممّا لم نجد فيه خلافاً.

- (١) الفقيه ٣: ١٢٦، ح ٥٤٩، و رواه فى تهذيب الأحكام ٧: ٢٤، ح ١٠١ بتفاوت.
- (٢) تهذيب الأحكام ٧: ٣٧١، ح ١٥٠٣، وسائل الشيعة ١٥: ٣٠ الباب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤.
- (٣) سنن ابن ماجه ٣: ٢٩ الرقم ٢١٨٣ و ٢١٨٢.
- (٤) صحيح البخارى ٣: ٢٤ الرقم ٢١١١، السنن الكبرى للبيهقى ٨: ٩٧ الرقم ١٠٥٦٧ - ١٠٥٦٩، سنن ابن ماجه ٣: ٢٩ الرقم ٢١٨١، سنن الترمذى ٣: ٥٤٧ الرقم ١٢٤٨ و ١٢٤٩.
- (٥) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٨: ٣٠ - ٣١.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٥١

ثبوت الخيار للولى فى حال كونه موجبا و قابلا باعتبارين

إشارة

ما تقدم - من أن ثبوت حق الخيار للصبى و استيفاءه للولى ممّا لا - خلاف فيه - يختصّ بما إذا كان الولى بائعاً أو مشترياً نيابةً عن الصغير، أمّا إذا كان الولى بنفسه بائعاً و مشترياً باعتبارين، كمن باع مال الطفل ولايةً لنفسه، أو باع ماله للصبى، أو باع مال أحد الصبيّين للآخر، فهل يثبت الخيار للولى أم لا؟
فيه ثلاثة أقوال:

[القول] الأول: ثبوت الخيار للولى ما لم يشترط سقوطه

، أو يلتزم بالعقد، أو يفارق المجلس الذى عقد فيه.
اختاره فى المبسوط «١»، و المهذب «٢»، و الشرائع «٣»، و التذكرة «٤»، و الدروس «٥» و المسالك «٦» و الجواهر «٧». و استدلل لهذا القول بالإجماع على ثبوت الخيار فى كلّ بيع، كما حكى عن الغنية «٨». و بأنّ المقتضى فى صورة تعدد المتبايعين هو البيع، و هذا المقتضى فى بيع العاقد الواحد أيضاً موجود، فليحقق به تنقيحاً لمناط الحكم، للقطع بعدم الفرق بين صورة الاتّحاد، و صورة التعدد، و أنّ النصوص التى تكون على صيغة التثنية وردت مورد الغالب «٩». و الافتراق الذى يكون معتبراً فى سقوط

(١) المبسوط للطوسى ٢: ٧٨.

(٢) المهذب للقاضى ابن البرّاج ١: ٣٥٣.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٢.

(٤) تذكرة الفقهاء ١١: ١٠.

(٥) الدروس الشرعية ٣: ٢٦٥.

(٦) مسالك الأفهام ٣: ١٩٧ - ١٩٨.

(٧) جواهر الكلام ٢٣: ٢٠.

(٨) حكاة فى مفتاح الكرامة ٤: ٥٤٥ و فى جواهر الكلام ٢٣: ٢٠.

(٩) مفتاح الكرامة ٤: ٥٤٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٥٢

الخيار يحصل هنا بمفارقة مجلس العقد؛ لأنه مشبه بمفارقة أحد المتبايعين «١».

القول الثانى: عدم ثبوت الخيار للولى أصلاً

و به قال فخر المحققين «٢» و المحقق الأردبيلى «٣» و الفاضل الخراسانى «٤» و فى الحدائق: «و الظاهر أنه أقرب» «٥». و استظهره المحقق التستري «٦».

و قال السيد الخوئى: «فى ثبوت الخيار إشكال، بل الأظهر العدم» «٧».

و استدلل له فى مجمع البرهان بأنه: لا إجماع فيه على ما يظهر. و الأخبار التى هى المستند لا تشملهما؛ لقوله عليه السلام: «البيعان». و لأنه جعل له غاية لا يمكن هنا، و هى تفرق أحدهما عن الآخر، و قد مرّ أن أصل العقد يقتضى اللزوم» «٨».

و استدلل المحدث البحرانى: ب «أن ظاهر الأخبار المتقدمه هو المغايرة بين المتعاقدين و التعدد فيها «٩»، و دعوى عموم ذلك الوكيل أو الولي عن اثنين خروج عن ظاهر اللفظ ... و يؤيد ما ذكرناه- ما قدمنا ذكره- من أن مقتضى العقد اللزوم كتاباً و سنةً، و إثبات الخيار الموجب للخروج عن ذلك، يحتاج إلى دليل واضح، و الركون إلى هذه التعليقات العليّة و بناء الأحكام الشرعية عليها مجازفة ظاهرة» «١٠»

(١) الحدائق الناضرة ١٩: ١٤.

(٢) إيضاح الفوائد ١: ٤٨١.

(٣) مجمع الفائدة و البرهان ٨: ٣٨٩.

(٤) كفاية الأحكام ١: ٤٦٣. و فيه: «هذا القول لا يخلو عن قوة».

(٥) الحدائق الناضرة ١٩: ١٣.

(٦) مقابس الأنوار: ٢٤١.

(٧) منهاج الصالحين ٢: ٢٨.

(٨) مجمع الفائدة و البرهان ٨: ٣٨٩.

(٩) الظاهر أن الصحيح «فيهمل».

(١٠) الحدائق الناضرة ١٩: ١٥-١٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٥٣

القول الثالث: - و لعله هو الأقوى - التوقف فى المسألة

قال العلامة فى التحرير: «لو كان المشتري هو البائع؛ بأن يبيع عن ولده لنفسه أو بالعكس، قيل: لا- خيار، عملاً بالأصل السالم عن معارضة النص، لوروده بصيغة التثنية مقرونة بالافتراق، ... و قيل: لا يسقط. و يعتبر مفارقة مجلس العقد، و عندى فى ذلك نظر» «١».

و قال المحقق الثاني بعد البحث في المسألة: «و أنا في هذه المسألة من المتوقفين» (٢).
و ذكر في القواعد الاحتمالات الثلاثة و لم يرجح أحدها (٣).
و قال الشيخ الأعظم: «و الأولى التوقف، تبعاً للتحرير و جامع المقاصد» (٤).

فرع

قال العلامة: «للولي بذل مال الطفل في مصالحه، كاستكفاف الظالم بالرشوة، و تخليص ماله من تعويقه، و إطلاق زرعه، و ماء شربه، و أشباه ذلك. و لو طمع السلطان في مال اليتيم فأعطاه الوصي شيئاً منه، فإن كان يقدر على دفعه بدون المدفوع ضمن، و إلّا فلا» (٥).

استيفاء حق الخيار عند فقهاء أهل السنة

و اعلم أنهم - بحسب تتبعنا - لم يطرحوا مسألة استيفاء حق الخيار للصبى بخصوصها، و لكن يستفاد من كلمات بعضهم في مسائل مختلفة أنّ للولي ذلك.

- (١) تحرير الأحكام الشرعية ٢: ٢٨٤.
 - (٢) جامع المقاصد ٤: ٢٨٧.
 - (٣) قواعد الأحكام ٢: ٦٥.
 - (٤) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٨: ٣٧.
 - (٥) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٣، الطبعة الحجرية.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٥٤
فذكر بعض عباراتهم التي دلّت على هذا المعنى:
قال النووي من فقهاء الشافعية: «إذا باع ماله لولده أو بالعكس، ففي ثبوت خيار المجلس وجهان: أصحهما يثبت، فعلى هذا، يثبت خيار للأب، و خيار للولد، و الأب نائبه.
فإن أُلزم البيع لنفسه و للولد لزم، و إن أُلزم لنفسه، بقي الخيار للولد، و إذا فارق المجلس لزم العقد...» (١).
و قال الخطيب الشربيني: «لو اشترى الولي لطفله شيئاً فبلغ رشيداً قبل التفرّق لم ينتقل إليه الخيار... و يبقى للولي على الأوجه من وجهين حكاهما في البحر» (٢).
و في المجموع: «إذا مات صاحب الخيار و قلنا: ينتقل إلى الورثة، فكانوا أطفالاً أو مجانين، قال الروياني و غيره: ينصب القاضي فيما يفعل ما هو المصلحة من الفسخ و الإجازة» (٣). و به قال الخطيب الشربيني (٤).
و في البحر الرائق في الفقه الحنفي: «قال أبو يوسف: إذا اشترى الأب أو الوصي شيئاً لليتيم و شرط الخيار لنفسه فبلغ الصبي في المدة تمّ البيع...
و عن محمد، أن للوصي أن يفسخ بعد بلوغ الصغير، و ليس له أن يجيز إلّا برضاه» (٥).
و قد جاء في البدائع: «و لو بلغ الصبي في مدة خيار الشرط للأب أو الوصي

(٢) مغنى المحتاج ٢: ٤٦.

(٣) المجموع شرح المهذب ٩: ١٩٩.

(٤) مغنى المحتاج ٢: ٤٥.

(٥) البحر الرائق ٦: ٢٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٥٥

لنفسه فى بيع مال الصبى هل يبطل الخيار؟

قال أبو يوسف: يبطل و يلزم العقد، و قال محمد: تنقل الإجازة إلى الصبى ...

وجه قول محمد: أن الولي يتصرف فى مال الصغير بطريق النيابة عنه شرعاً؛ لعجزه عن التصرف بنفسه، و قد زال العجز بالبلوغ فتنقل الإجازة إليه ...

و وجه قول أبى يوسف: أن الخيار يثبت للولى، و هو ولاية الفسخ و الإجازة و قد بطل بالبلوغ، فلا يحتمل الانتقال إلى الصبى - إلى أن

قال: - و لو اشترى الأب أو الوصى شيئاً بدين فى الذمة و شرط الخيار لنفسه ثم بلغ الصبى، جاز العقد عليهما و الصبى بالخيار ...

أما الجواز عليهما فلائن ولايتهما قد انقطعت بالبلوغ، فلا يملكان التصرف بالفسخ و الإجازة، فيبطل خيارهما و جاز العقد فى حقهما.

و أما خيار الصبى؛ فلائن الجواز و اللزوم لم يثبت فى حقه، و إنما يثبت فى حقهما، فكان له خيار الفسخ و الإجازة «١».

هذا ما عثرنا عليه من كلمات الشافعية و الحنفية، و لم نعثر للمالكية و الحنابلة على نص فى هذه المسألة.

(١) بدائع الصنائع ٤: ٥٣٥-٥٣٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٥٦

المبحث الثالث: الولاية على القبول و القبض فى الهبة

إشارة

و فيه مطلبان:

المطلب الأول: الولاية على قبول الهبة

إشارة

هل تحتاج الهبة إلى الإيجاب و القبول؟ فى المسألة قولان.

الأول: المشهور بين الفقهاء بل ادعى الاتفاق منهم بأن الهبة «١» من العقود الجائزة و تحتاج إلى الإيجاب و القبول. جاء فى الغنية

«تفتقر صحة الهبة إلى الإيجاب

(١) قال ابن الأثير: «الهبة: العطية الخالية عن الأعواض و الأغراض، فإذا كثرت سمى صاحبها وهاباً». النهاية ٥: ٢٣١.

و فى موضع آخر: «نحل فيه ... النحل: العطية و الهبة ابتداءً من غير عوض و لا- استحقاق، يقال: نحل ينحله نحلاً بالضم، و النحلة

بالكسر: العطية» النهاية ٥: ٢٩.

«و أهدى الهدية إلى فلان و له: بعث بها إكراماً له و هدى الهدية إلى فلان و له: أتحنه بها». المعجم الوسيط: ٩٧٨. و أما في الاصطلاح عرّف المحقق الهبة بأنها «هى العقد المقتضى تملك العين من غير عوض، تملكاً منجزاً مجرداً عن القرية». شرائع الإسلام ٢: ٢٢٩.

و زاد في الجواهر: «أو الأثر الحاصل منه و لو بالمعاطة». جواهر الكلام ٢٨: ١٥٩، و عرّفها بعض فقهاء أهل السنة بأنها «تمليك المال بلا عوض حال حياة المالك». في هامش حلية العلماء ٦: ٤٢-٤٣.

و قال بعض آخر: هو على ثلاثة أقسام: الهبة و الهدية و الصدقة.

التمليك بلا- عوض هبة، فإن انضم إليه حمل الموهوب من مكان إلى مكان الموهوب له إعظماً له أو إكراماً فهو هدية، و إن انضم إليه كون التمليك للمحتاج تقرباً إلى الله تعالى و طلباً لثواب الآخرة، فهو صدقة. روضة الطالبين ٥: ٣، منهاج الطالبين ٢: ٢٩٣.

و به قال الشيخ في المبسوط ٣: ٣٠٣ و ٣١٤. و فى المهذب ٢: ٩٧. و فقه القرآن للراوندى ٢: ٢٩٥ «صدقة التطوع عندنا بمنزلة الهبة فى جميع الأحكام». و فى تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٢٧٣، «الهدية و الهبة و الصدقة بمعنى واحد... غير أنه إذا قصد الثواب و التقرب إلى الله تعالى بالهبة سميت صدقة، و إن قصد بها التودد و المواصلة سميت هدية»، فعلى هذا الهبة و العطيّة و الهدية و النحلة و الصدقة واحد معنى فى اصطلاح الفقهاء.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٥٧

و القبول «١» و به قال ابنا حمزة «٢» و إدريس «٣».

و فى جامع الشرائع: «الهبة و النحلة واحد، و هى عقد على مال بغير عوض، و شرط صحته الإيجاب و القبول» «٤» و كذا فى الشرائع و المختصر النافع «٥». و به قال أيضاً جماعة من المتأخرين «٦».

قال العلامة فى التذكرة: «الهبة عقد يفتقر إلى الإيجاب و القبول باللفظ كالبيع و سائر التمليكات» «٧». و كذا فى الإرشاد «٨» و القواعد «٩».

و فى المسالك: «ظاهر الأصحاب الاتفاق على افتقار الهبة مطلقاً إلى العقد القولى فى الجملة» «١٠».

و جاء فى الكفاية للفاضل الخراسانى: «يفتقر الهبة إلى الإيجاب و القبول عند الأصحاب، و الإيجاب كل لفظ قصد به التمليك المذكور، و القبول كل لفظ يدل على قبوله» «١١».

الثانى: - و هو الأقوى- أن الهبة لا تحتاج إلى الإيجاب و القبول اللفظى، بل يكفى فيها المعاطة، قال الشهيد قدس سره: «و يحتمل عدم الحاجة إلى الإيجاب و القبول لفظاً،

(١) غنية النزوع: ٣٠٠.

(٢) الوسيلة: ٣٧٨.

(٣) السرائر ٣: ١٧٣.

(٤) الجامع للشرائع: ٣٦٥.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٩، المختصر النافع: ١٨٧.

(٦) الروضة البهية ٣: ١٩٢، التنقيح الرائع ٢: ٣٣٩.

(٧) تذكرة الفقهاء ٢: ٤١٥، الطبعة الحجرية.

(٨) إرشاد الأذهان ١: ٤٥٠.

(٩) قواعد الأحكام ٢: ٤٠٥.

(١٠) مسالك الأفهام ٦: ١٠.

(١١) كفاية الأحكام ٢: ٢٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٥٨

و يكفى الفعل الدال عليهما «١».

و قد استترب العلماء فى التحرير فى أول الباب عدم الاستغناء فى الهبة عن الإيجاب و القبول، و أباح له - أى المهدى إليه - التصرف عملاً بالإذن المستفاد عن العادة «٢».

و قال فى آخر الباب: «و لو قيل بعدم اشتراط القبول نطقاً كان وجهاً، قضاءً للعادة لقبول الهدايا من غير نطق» «٣». و قال فى المسالك: هذا حسن «٤».

و فى جامع المقاصد: «هذا قوى متين» «٥». و فى الرياض: «لا بدّ فى الهبة من الإيجاب الدال على تملك العين ... و القبول الدال على الرضا ... إن اريد مطلق ما يدلّ عليهما و لو فعلاً، و يشكل إذا اريد ما يدلّ عليهما لفظاً» «٦».

و فى الجواهر: «الهبة هى العقد المقتضى تملك العين من غير عوض تملكاً منجزاً مجرداً عن القربة، أو الأثر الحاصل منه و لو بالمعاطة أو فعل الواهب» «٧» و به قال أيضاً بعض فقهاء العصر.

قال السيد الفقيه الخوئى قدس سره: «و هى عقد يحتاج إلى إيجاب و قبول، و يكفى فى الإيجاب كلّ ما دلّ على التملك المذكور من لفظ أو فعل أو إشارة ... و يكفى فى القبول كلّ ما دلّ على الرضا بالإيجاب من لفظ أو فعل أو نحو ذلك» «٨»

(١) الدروس الشرعية ٢: ٢٩١.

(٢) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٢٧٣.

(٣) نفس المصدر: ٢٨٥.

(٤) مسالك الأفهام ٦: ١١.

(٥) جامع المقاصد ٩: ١٤٢.

(٦) رياض المسائل ٦: ١٧٠.

(٧) جواهر الكلام ٢٨: ١٥٩.

(٨) منهاج الصالحين ٢: ٢٠٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٥٩

و قال الإمام الخمينى رحمه الله: «و الأقوى وقوعها بالمعاطة بتسليم العين و تسلّمها بعنوانها» «١».

و كذا فى تفصيل الشريعة «٢».

أدلة جواز الهبة بالمعاطة

و يمكن أن يستدلّ للحكم المذكور بوجوه:

الأول: أنّ الهبة لما كانت من العقود الجائزة فى أكثر مواردّها و سِّعوا المجال فيها و لم يضيّقوها على حدّ العقود اللازمة، فافتقروا بكلّ ما دلّ على التملك حتى لو قال:

هذا لك مع نيّة الهبة كفى و إن لم يكن بصيغته الماضوية، كما توسّعوا فى عقد الرهن؛ لأنّه كان جائزاً من أحد الطرفين «٣».

الثانى: أن دليل المعاطاة فى غير الهبة، من دعوى السيرة القطعية متحقق فى المقام أيضاً، فلا محيص عن القول بمشروعية المعاطاة فى الهبة كمشروعيتها فى باب البيع «٤».

الثالث: أنه يصدق الهبة مع عدم اللفظ الدال على الإيجاب و القبول حقيقة «٥».

الرابع: أن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله صلى الله عليه و آله من كسرى و قيصر و سائر الملوك «٦». و لم ينقل أنه صلى الله عليه و آله راعى العقد، و يبعد حمله على الإباحة؛ لأنه صلى الله عليه و آله كان

(١) تحرير الوسيلة ٢: ٥٤.

(٢) تفصيل الشريعة، كتاب الهبة: ٤٦٩.

(٣) مسالك الأفهام ٦: ٩-١٠، مفتاح الكرامة ٩: ١٥٦.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ١٥٩.

(٥) رياض المسائل ٦: ١٧٠.

(٦) بحار الأنوار ٢٢: ١٩٣، سنن الترمذى ٣: ٦٩ ح ١٦٢٤، مسند أحمد بن حنبل ١: ٩٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٦٠

يتصرف فيها تصرف المالك «١». و وقع عنه صلى الله عليه و آله ما ينافى الإباحة و هو الوطاء، كما فى مارية القبطية أم ولده، مع أنه روى أنها كانت من الهدايا «٢» و أهدى إليه حلة فأهداها لعلى عليه السلام «٣». من غير أن يُنقل عنه قبول لفظى و لا- عن الرسل إيجاب، و هذا كله يدل على استفادة الملك فى الجملة لا الإباحة. أشار إلى ذلك فى التذكرة «٤».

فيحمل ما تقدم فى كلمات الأصحاب من أن الهبة عقد يحتاج إلى الإيجاب و القبول على إرادة بيان أن الهبة من أقسام العقود لا الإيقاعات و إن تحققت بما يتضمن معنى الإيجاب و القبول من الأفعال، أو يحمل ذلك على بيان قسم العقدى من الهبة، أى الهبة اللازمة.

إيضاح

قال فى القواعد: «الهدية كالهبة فى الإيجاب و القبول و القبض» «٥».

و قال المحقق الثانى فى شرحه: «الهدية ضرب من الهبة مقرونه بما يشعر بإعظام المهدي إليه و توقيره ... و هل يشترط فيها الإيجاب و القبول و القبض؟

اختلف الأصحاب فى ذلك، فاختار المصنف هنا الاشتراط؛ لأنها نوع من الهبة، فيشترط فيها ما يشترط فى الهبة» «٦».

قال الشيخ فى المبسوط: «من أراد الهدية و لزومها و انتقال الملك فيها إلى المهدي إليه الغائب فليوكل رسوله فى عقد الهدية معه، فإذا مضى و أوجب له و قبل

(١) الدروس الشرعية ٢: ٢٩١، جامع المقاصد ٩: ١٤٢.

(٢) المبسوط للطوسى ٤: ١٥٧، طبقات ابن سعد ١: ١٣٤، المغنى لابن قدامة ١: ٢٤٩-٢٥٥.

(٣) نيل الأوطار ٦: ٣.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٢١٥، الطبعة الحجرية.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ٤٠٥.

(٦) جامع المقاصد ٩: ١٤١-١٤٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٦١

المهدى إليه و قبضه إياه، لزم العقد و ملك المهدى إليه الهدية» (١).

و الأظهر أنّ الهدية كالهبة لا تحتاج إلى العقد القولي؛ لأنه لم يتم دليل على ذلك، بل الدليل على خلافه ثابت، كما يظهر من كلام العلامة في التذكرة (٢). و قواه في جامع المقاصد (٣). و هو ظاهر الرياض أيضاً، حيث استدلل له بأن السيرة و استقامة الطريقة على ذلك من عهد النبي صلى الله عليه و آله إلى الآن، و لذلك يعثونها على أيدي الصبيان الذين لا يعتدّ بعباراتهم، و مارية القبطية كانت من الهدايا (٤).

و قد أهدى المختار لزين العابدين عليه السلام جارية أولدها زيدا عليه الرحمة و الرضوان (٥).

و يؤيده أنّ الهدية مبيته على الحشمة و الإعظام، و ذلك يفوت مع اعتبار الإيجاب و القبول و ينقص موضعها من النفس، و أنّ ظاهر الأخبار أنّ المدار على التراضي من الطرفين و أنّه العمدة في البين، و قد ثبت في محله أنّ بيع المعاطاة لا يشترط فيه مزيد من رضا الطرفين بما يتفقان عليه، و جعل الهدية من المعاطاة يقتضى كونها كذلك (٦).

قبول الولي الهبة و الهدية للصبي

بعد إثبات اعتبار القبول في الهبة و الهدية- و كونهما أعمّ من أن يكونا باللفظ أو بالفعل الدالّ على الرضا- نقول: إذا وهب أو أهدى للصبي فللولي أن يقبلهما؛

(١) المبسوط للطوسي ٣: ٣١٥.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٤١٥، الطبعة الحجرية.

(٣) جامع المقاصد ٩: ١٤٢.

(٤) رياض المسائل ٦: ١٧١.

(٥) الإمام زيد لمحمد أبو زهرة: ٢٢-٢٣، الحدائق الناضرة ٢٢: ٢٩٨.

(٦) مفتاح الكرامة ٩: ١٥٦-١٥٧ مع تصريف.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٦٢

لأنّ الصبي مسلوب العبارة و الأفعال و لا اعتبار بقوله و فعله.

جاء في المبسوط: «إذا وهب للصبي المولى عليه شيء، نُظِرَ: فإن كان الواهب غير وليه قبيل الولي؛ سواء كان بغير تولية مثل الأب و الجد، أو بتولية كالوصي، و إن وهب الولي للصبي، فإن كان ولياً بغير تولية قبلها أيضاً، و يصحّ ذلك كما يصحّ منه في البيع أن يكون موجباً و قابلاً، و هذا هو مذهبنا، و إن كان بتولية لم يصحّ أن يقبلها كما لا يصحّ أن يبيع من الصبي شيئاً بنفسه أو يشتري منه، و ينصب الحاكم أميناً يقبل منه هبته للصبي، فإذا قبلها صحّت الهبة» (١).

و قال العلامة: «إذا كان الواهب الولي للصبي، فإن كان بغير تولية- كالأب و الجد- قبلها الواهب أيضاً، و إن كان بتولية، قال في المبسوط: لا- يصحّ أن يقبلها، كما لا يصحّ أن يبيع من الصبي شيئاً بنفسه أو يشتري منه، و ينصب الحاكم أميناً يقبل منه هبته للصبي، فإذا قبلها صحّت الهبة.

و الوجه: التسوية بينه و بين الأب؛ لأن له أن يقبل هبة غيره، فكذا يقبل هبة نفسه، لعموم ولايته، فلا وجه لاختصاصها بغيره» (٢). و اختاره في الحدائق (٣) و الجواهر (٤).
و فى تحرير الوسيلة: «يصح قبول الولي عن المولى عليه الموهوب له» (٥).
و فى تفصيل الشريعة: «إذا كان الموهوب له صغيراً كالولد جديد الولادة- المتعارف فى زماننا إهداء الهدايا إليه- يصح قبول الولي عن المولى عليه،

(١) المبسوط للطوسى ٣: ٣٠٥.

(٢) مختلف الشيعة ٦: ٢٤٤.

(٣) الحدائق الناظرة ٢٢: ٣١٨.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ١٧٥.

(٥) تحرير الوسيلة ٢: ٥٤، كتاب الهبة، مسألة ١

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٦٣

خصوصاً إذا كان غير قابل للقبول، كأوائل ولادته» (١).

و يدل على هذا الحكم عموم أدلة ولاية الولي، و كذا بعض النصوص التى سنذكرها فى البحث عن ولاية الولي على قبض الهبة للصبي.

و الحاصل: أنه لا إشكال و لا خلاف فى المسألة، و لعل ترك التصريح بها فى كلماتهم لوضوحها.

فرع

لو وهب شخص إلى صغير و لم يقبل عنه وليه، بطلت الهبة طعاماً كان الموهوب أو غيره. و الظاهر أنه لو تصرف فيه الصغير فلا ضمان عليه فى الحال و لا- بعد البلوغ، و لا- ضمان على وليه أيضاً؛ لأن دفع المالك الموهوب إلى الصغير و تسليطه عليه بسبب هبة باطله، كان بمنزلة الإقدام منه على إتلاف ماله، فتصرف الصغير لم يوجب الضمان.

نظير ما قاله الفقهاء فى شراء الصبي، قال العلامة فى التذكرة: «لو اشترى الصبي و قبض أو استقرض و أ تلف فلا ضمان عليه؛ لأن التضييع من الدافع، فإن كان المال باقياً ردّه و على الولي استرداد الثمن، و لا يبرأ البائع بالرد إلى الصبي» (٢).
و كذا فى النهاية (٣).

و أما لو أهدى إلى صغير و لم يقبل عنه وليه فهل تبطل الهدية، أو توجب إباحة التصرف؟ أفتى الشيخ رحمه الله فى المبسوط بالثانى، حيث قال: «إذا وصلت الهدية إلى المهدي إليه لم يملكها بالوصول و لم تلزم، و يكون ذلك إباحة من المهدي، حتى أنه

(١) تفصيل الشريعة، كتاب الهبة: ٤٧٠.

(٢) تذكرة الفقهاء ١: ٤٦٢، الطبعة الحجرية.

(٣) نهاية الأحكام ٢: ٤٥٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٦٤

لو أهدى إليه جارية لم يجز أن يستمتع بها؛ لأن الإباحة لا تدخل فى الاستمتاع» (١).

و يستظهر هذا من كلام العلامة في التذكرة أيضاً، حيث نقل عن قوم من أهل السنّة أنه لا حاجة في الهدية إلى الإيجاب و القبول، إلى أن قال: «و منهم من اعتبرهما كما في الهبة و الوصية، و اعتذروا عمّا تقدّم بأنّ ذلك كان إباحةً لا تمليكا» (٢).
نقول: هذا هو الأقوى، و الظاهر أنّ الهبة أيضاً كذلك؛ لأنّه لا فرق بينهما حقيقةً، ففي فرض المذكور كانت الهبة الباطلة إباحةً من المهدى للصغير.

آراء فقهاء أهل السنّة في المسألة

يستفاد من كلماتهم أنّه لا يشترط في صحّة الهبة القبول اللفظي، بل تصحّ بالمعاطة و الفعل الدالّ على القبول أيضاً.
قال ابن قدامة: «و تحصل الهبة بما يتعارفه الناس هبةً من الإيجاب و القبول و المعاطة المقترنة بما يدلّ عليها» (٣).
و في المغنى: «و الصحيح أنّ المعاطة و الأفعال الدالّة على الإيجاب و القبول كافيّة و لا يحتاج إلى لفظ. و هذا اختيار ابن عقيل.
فإنّ النبيّ صلى الله عليه و آله و سلم كان يهدى و يُهدى إليه و يعطى و يُعطى، و يفرّق الصدقات و يأمر سعاته بتفريقها و أخذها، و كان أصحابه يفعلون ذلك و لم ينقل عنهم في ذلك إيجاب و لا قبول، و لا أمر به و لا تعليمه لأحد، و لو كان ذلك شرطاً لنقل عنهم نقلاً

(١) المبسوط للطوسي ٣: ٣١٥.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٤١٥، الطبعة الحجرية.

(٣) المقنع في فقه أحمد بن حنبل: ١٦٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٦٥

مشهوراً- إلى أن قال: -

و قال ابن عقيل: إنّما يشترط الإيجاب و القبول مع الإطلاق و عدم العرف القائم بين المعطى و المُعطى؛ لأنّه إذا لم يكن عرف يدلّ على الرضا، فلا بدّ من قولٍ دالّ عليه، أمّا مع قرائن الأحوال و الدلائل، فلا وجه لتوقيفه على اللفظ، ألا ترى أنّا اكتفينا بالمعاطة و اكتفينا بدلالة الحال في دخول الحميم؛ و هو إجارة و بيع أعيان، فإذا اكتفينا في المعاوزات مع تأكدها بدلالة الحال و أنّها تنقل الملك من الجانيين فلأنّ نكتفي به في الهبة أولى» (١) و كذا في الشرح الكبير (٢).

كما أنّ عندهم للأب و الجدّ و الوصيّ و الحاكم أو أمينه ولاية في قبول الهبة عن الصغار، و سنذكر في البحث عن قبض الهبة زيادة توضيح في بيان آرائهم إن شاء الله.

المطلب الثاني: الولاية على قبض الهبة

إشارة

المشهور بين الفقهاء أنّه يشترط في صحّة الهبة قبضها، و يتولّى ذلك الوليّ عن الصغار؛ سواء وهبه نفسه أو ذوو أرحامه أو غيرهم، فإنّ وهب الواهب للصغير من ذوو أرحامه و قبضها وليه لم يكن له بعد ذلك رجوع فيها.

ففي المقنعة: «و إذا نحل الوالد ولده شيئاً و لم يقبضه الولد و كان كبيراً لم تستقرّ الهبة، و كان للأب الرجوع فيها. و كذلك القول

فيما يهبه لذوى أرحامه كلهم، فإن كان الولد صغيراً مضت الهبة و كان قبض الوالد قبضاً للولد. و إن وهب لصغير من ذوى أرحامه شيئاً فلم يقبضه وليه له، كان له الرجوع فيه، فإن قبضه الولي مضت الهبة و لم يجر له الرجوع فيها» (٣)

(١) المغنى لابن قدامة ٦: ٢٥٢-٢٥٣.

(٢) الشرح الكبير ٦: ٢٤٩-٢٥٠.

(٣) المقنعة: ٦٥٨.

موسوعة أحكام الأطلاق و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٦٦

و فى النهاية بعد تقسيم الهبة على ضربين: «فأما الذى ليس له فيه رجوع، فهو كل هبة وهبها الإنسان لذى رحمه، ولداً كان أو غيره إذا كان مقبوضاً... إلا أن تكون الهبة على ولده و يكونوا صغاراً؛ فإنه لا يكون له فيها رجوع على حال؛ لأن قبضه قبضهم- إلى أن قال:- فإن وهب للصغير من ذوى أرحامه و قبضه وليه لم يكن له بعد ذلك رجوع فيها على حال» (١) و كذا فى المبسوط (٢).

و لكنّه قال فى الخلاف: «إذا وهب الوالد لولده و إن علا الوالد، أو الامّ لولدها و إن علت، و قبضوا إن كانوا كباراً أو كانوا صغاراً لم يكن لهما الرجوع فيه» (٣).

و فى السرائر: «و الذى يقتضيه مذهبننا، أن هبة الوالد تكون كما قال- الشيخ رحمه الله- فأما هبة الامّ للولد الكبير البالغ، فإذا قبض فليس لها رجوع. و أما هبتها لولدها الصغير، فلا بدّ من تقيض وليه، فإذا قبض الولي الهبة إمّا أبوه، أو وصيه، فليس لها رجوع، فإذا لم يقبض فلها الرجوع بخلاف الأب؛ لأن قبض الأب قبضه» (٤).

و فى المختلف: «و الظاهر أن مقصود الشيخ ذلك؛ للعلم به، فهذا لم يفصل؛ لظهوره و عدم خفائه» (٥).

و به قال القاضى فى المهذب (٦) و ابنا حمزة (٧) و سعيد (٨) و سلار (٩) و الحلبي (١٠)

(١) النهاية للطوسى: ٦٠٢.

(٢) المبسوط للطوسى ٣: ٣٠٥.

(٣) الخلاف ٣: ٥٦٦ المسألة ١١.

(٤) السرائر ٣: ١٧٤ و ١٧٥.

(٥) مختلف الشيعة ٦: ٢٤٢.

(٦) المهذب ٢: ٩٥.

(٧) الوسيلة: ٣٧٩.

(٨) الجامع للشرائع: ٣٦٥.

(٩) المراسم العلوية: ٢٠٢.

(١٠) الكافى فى الفقه: ٣٢٢.

موسوعة أحكام الأطلاق و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٦٧

و قال المحقق: «لو وهب الأب أو الجدّ للولد الصغير، لزم بالعقد؛ لأن قبض الولي قبض عنه.

و لو وهبه غير الأب أو الجدّ، لم يكن له بُدّ من القبض عنه؛ سواء كان له ولاية أو لم تكن، و يتولّى ذلك الولي أو الحاكم» (١).

و قال العلّامة فى جملة من كتبه: «لو وهب الأب ولده الصغير شيئاً فى يده صحّ و لم يحتجّ إلى قبولٍ و لا قبض مستأنف و لا مضى زمان له، و لا- يجب على الأب وضع الموهوب على يد غيره» (٢). و به قال الشهيدان (٣) و جماعة من المتأخرين (٤) و متأخرى

المتأخرين «٥».

قال فى الرياض: «لو وهب الأب أو الجدّ للولد الصغير الذى تولّى عليه ما هو ملكهما و مقبوضهما قبل الهبة لزم بلا خلاف؛ لأنّه مقبوض بيد الوليّ، فيكفى عن القبض الجديد» «٦».

و قال فى تحرير الوسيلة: «لو كان الواهب ولياً على الموهوب له- كالأب و الجدّ للولد الصغير- و قد وهبه ما فى يده صحّ ... و لو وهبه غير الوليّ فلا بدّ من القبض و يتولاه الوليّ» «٧»

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٠، المختصر النافع: ١٨٧.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ٢٧٨، إرشاد الأذهان ١: ٤٥٠، مختلف الشيعة ٦: ٢٤٤، تبصرة المتعلّمين: ١٢٥، قواعد الأحكام ٢: ٤٠٧، تذكرة الفقهاء ٢: ٤١٥، الطبعة الحجرية.

(٣) الدروس الشرعية ٢: ٢٨٩، اللمعة الدمشقية: ٥٩، مسالك الأفهام ٦: ٢٤-٢٥.

(٤) جامع المقاصد ٩: ١٤٠ و ١٥٢-١٥٣.

(٥) كفاية الأحكام: ٢: ٢٩، مفتاح الكرامة ٩: ١٧٧، جواهر الكلام ٢٨: ١٧٥-١٧٦، وسيلة النجاة ٢: ١٢٣، منهاج الصالحين للسيد الخوئي ٢: ٢٠٤.

(٦) رياض المسائل ٦: ١٧٦.

(٧) تحرير الوسيلة ٢: ٥٥، مسألة ٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٦٨

و كذا فى تفصيل الشريعة و زاد: «بأنّه لا معنى لاعتبار القبض هنا بعد كون اللّازم قبض الوليّ، و هو حاصل» «١».

أدلة قبض الوليّ الهبة للصبي

و يمكن الاستدلال لهذا الحكم- مضافاً إلى عموم ولاية الوليّ- بالنصوص، و هى ما يلي:

١- صحيحه أو معتبره

علّى بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال:

سألته عن الصدقة إذا لم تقبض هل تجوز لصاحبها؟ قال: «إذا كان أب تصدّق بها على ولد صغير، فإنّها جائزة؛ لأنّه يقبض لولده إذا كان صغيراً»

الحديث «٢».

٢- موثقة

داود بن الحصين، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «الهبة و النحلة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها، قال: هو ميراث، فإن كانت لصبيّ فى حجره فأشهد عليه فهو جائز» «٣».

٣- و خبر

جميل بن درّاج، عن أبى عبد الله عليه السلام عن (فى خ ل) رجل وهب لابنه شيئاً هل يصلح أن يرجع فيه؟ قال: «نعم، إلّا أن يكون صغيراً» «٤».

٤- و مرسله

أبان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «النحل و الهبة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها، قال: هي بمنزلة الميراث، و إن كان لصبي في حجره و أشهد عليه فهو جائز» «٥»

(١) تفصيل الشريعة، كتاب الهبة: ٤٧٤.

(٢) الوسائل ١٣: ٣٣٨ الباب ٥ من كتاب الهبات، ح ٥، و وجه الدلالة: أن الصدقة تشمل الهبة و الهدية كما سيأتي.

(٣) (٣-٥) الوسائل ١٣: ٣٣٧ الباب ٥ من كتاب الهبات، ح ١ و ٢.

(٥) نفس المصدر الباب ٤ من كتاب الهبات، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٦٩

٥- ما ورد في أخبار الصدقة من أن قبض الأب و الجد كاف في صحة الصدقة و لا رجوع فيها بعد، كقوله عليه السلام في صحبته محمد بن مسلم:

«و إن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز؛ لأن والده هو الذي يلي أمره. و قال: لا يرجع في الصدقة إذا ابتغى بها وجه الله عز و جل، و قال: الهبة و النحلة يرجع فيها إن شاء، حيزت أو لم تحز إلا لذي رحم؛ فإنه لا يرجع فيه» «١».

و قريب من هذا معتبرة عبيد بن زرارة «٢».

و في معتبرة

جميل قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يتصدق على ولده بصدقة و هم صغار، أله أن يرجع فيها؟ قال: «لا، الصدقة لله عز و جل» «٣».

قال في الحدائق: «و بالجملة: فإن الحكم لا- إشكال فيه و لا- خلاف نصاً و فتوى فيما أعلم، فإن القبض السابق على الهبة كاف عن القبض الطارئ بعدها، و أيده بأن اليد المستدامة أقوى من اليد المبتدأة» «٤».

و يدل على عدم جواز الرجوع في الهبة- إذا كان المتهب صغيراً ذا رحم بعد إقباض الولي له بخصوصه- الإجماع أيضاً، كما ادّعه في التذكرة «٥» و جامع المقاصد «٦»

(١) تهذيب الأحكام ٩: ١٣٥، ح ١٦، و سائل الشيعة ١٣: ٢٩٧ الباب ٤ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ١ و ص ٣٣٨، الباب ٦ من كتاب الهبات ح ٢.

(٢) و سائل الشيعة ١٣: ٢٩٩ الباب ٤ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ٥. و ليس في السند من لا توثيق له إلا قاسم بن سليمان، و هو معتبر؛ لكثرة نقل الأجلة عنه، مع أنه من رجال تفسير القمي و كامل الزيارات.

(٣) تهذيب الأحكام ٩: ١٣٥ ح ١٧، و سائل الشيعة ١٣: ٢٩٨ الباب ٤ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ٢.

(٤) الحدائق الناضرة ٢٢: ٣١٦.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢: ٤١٨، الطبعة الحجرية.

(٦) جامع المقاصد ٩: ١٥٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٧٠

اشتراك الصدقة و الهبة في القبض

يشترط فى صحّة الصدقة أيضاً قبضها؛ لأنّ الهبة قد يعبر عنها بالنحلة و العطيّة، و يطلق كلّ منهما على مطلق الإعطاء المتبرّع به، فيشمل الوقف و الصدقة و الهدية و الهبة، و الهبة أعمّ من الصدقة؛ لاشتراط الصدقة بالقربة دون الهبة. و الهدية أخصّ من الهبة؛ إذ يعتبر فى الهدية أن يحمل الموهوب من مكان الواهب إلى مكان الموهوب منه إكراماً له، و لذا لا يطلق الهدية على العقارات الممتنع نقلها «١».

و قال الشيخ فى المبسوط: «إنّ الهبة و الصدقة و الهدية بمعنى واحد» «٢».

و الظاهر أنّه خلاف التحقيق، و كيف كان لا يلزم شىء من الصدقة و الهبة و الهدية إلّا بالقبض، و يتولّى الأب أو الجدّ ذلك عن الصغير.

فروع

الأول: هل يعتبر قصد القبض عن الطفل بعد الهبة ليتمخض القبض للهبة أو لا يعتبر؟ قولان:

الأول: - و هو ظاهر العلامة فى القواعد- اعتبار ذلك، حيث قال:

«و شرطه إذن الواهب و إيقاع القبض للهبة، فلو قبض من غير إذنه لم ينتقل الملك إليه و إن كانا فى المجلس، و كذا لو أقبضه الواهب لا للهبة و يقبل قوله فى القصد» «٣»؛ لأنّ المال المقبوض فى يد الوليّ له، فلا ينصرف إلى الطفل إلّا بصارف، و هو القصد.

(١) كفاية الأحكام: ٢: ٢٦.

(٢) المبسوط للطوسى ٣: ٣٠٣.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٤٠٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٧١

الثانى: و هو الأقوى، ما يظهر من كلمات كثير من الفقهاء- كما تقدّم ذكرها- عدم اعتبار إيقاع القبض للهبة و الاكتفاء بمطلق القبض، فلا يعتبر عندهم قصد القبض عن الطفل؛ لصدق اسم القبض عليه و صلاحيته للهبة، و لم يدلّ دليل على أزيد من ذلك. قال فى الرياض: «يكفى مطلق القبض السابق و لو خلى حين العقد أو بعده عن نيّة القبض عن المتّهب له بالكليّة» «١».

و فى المسالك: «عدم قصد القبض لغيره يكفى» «٢».

و فى كفاية الأحكام: «لم يفتقر إلى تجديد القبض و لا قصد القبض عن الطفل على الأشهر الأقوى» «٣».

الفرع الثانى: أنه هل للوصى أن يتولّى القبض عن الطفل أم لا؟ قولان:

قال فى المبسوط: «إن وهب الوليّ للصبيّ، فإن كان ولياً بغير تولية قبلها...»

و إن كان بتولية لم يصحّ أن يقبلها كما لا- يصحّ أن يبيع من الصبيّ شيئاً بنفسه أو يشتري منه، و ينصب الحاكم أميناً يقبل منه هبة للصبيّ؛ فإذا قبلها صحّت الهبة» «٤». و وافقه المحقق «٥».

و فى مقابله قول من قال بصحة قبض الوصى أيضاً، و هذا هو الأقوى، كقول العلامة و غيره، حيث قال: «و الوجه: التسوية بينه- أى الوصى- و بين الأب؛ لأنّ

(٢) مسالك الأفهام ٦: ٢٥.

(٣) كفاية الأحكام ٢: ٢٩.

(٤) المبسوط للطوسي ٣: ٣٠٥.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٧٢

له أن يقبل هبة غيره فكذا يقبل هبة نفسه، لعموم ولايته؛ فلا وجه لاختصاصها بغيره» (١).

و في المسالك: «و الأصح أن حكم الوصي حكم الأب و الجد» (٢). و اختاره أيضاً في الحدائق (٣).

و في الجواهر: بل ولاية الوصي في الحقيقة من ولاية الأب و الجد، مع أن ولاية الحاكم هنا منتفية؛ لأنه ولي من لا ولي له، و في الفرض المذكور وصي أحد الأبوين موجود (٤).

و أجاب العلامة عما استدلل به الشيخ بالمنع من حكم الأصل؛ فإن له أن يبيع و يقبل الشراء. و أيضاً بوجود الفرق بينهما؛ فإن المعاوضة قد يحصل فيها التغابن، و أما الهبة؛ فإنها عطية محضة، فكانت المصلحة فيها ظاهرة (٥).

الفرع الثالث: قال العلامة: «و للولي أن يهب مال الطفل بشرط الثواب مع المصلحة»

، إما مع زيادة الثواب على العين، أو مع تحصيل أمر من المتهب ينتفع به الطفل نفعاً يزيد على بقاء العين له» (٦).

آراء فقهاء أهل السنة في الولاية على قبض الهبة

إنهم قائلون بأن الأولياء- الأب و الجد و وصيهما و الأم في بعض الأحوال- و كل من يعول الصبي من الأخ و العم و غيرهما يتولّى في قبول الهبة و قبضها عن

(١) مختلف الشيعة ٦: ٢٤٤ مسألة ١٩.

(٢) مسالك الأفهام ٦: ٢٦.

(٣) الحدائق الناضرة ٢٢: ٢١٨.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ١٧٧.

(٥) مختلف الشيعة ٦: ٢٤٤ مسألة ١٩.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٣، الطبعة الحجرية.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٧٣

الصبي. فنذكر شطراً من كلماتهم على الترتيب التالي:

أ- الحنفية

جاء في الهداية: «إذا وهب الأب لابنه الصغير هبةً ملكها الابن بالعقد؛ لأنه في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة، و لا فرق بين ما إذا كان في يده أو يد مودعه؛ لأن يده كيده، بخلاف ما إذا كان مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً بيعاً فاسداً؛ لأنه في يد غيره أو في ملك غيره. و الصدقة في هذا مثل الهبة. و كذا إذا وهبت أمه و هو في عيالها و الأب ميت و لا وصي له. و كذلك كل من يعوله» (١).

و في شرح الهداية: «لأن الذي وهبه في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة، فلا يحتاج إلى قبض آخر. و لا يشترط فيه الإشهاد، إلا أن

فيه احتياطاً للتحرز عن جحود الورثة بعد موته، أو جحوده بعد إدراك الولد. و قال عبد البر: أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لابنه الصغير في حجره لا يحتاج إلى قبض جديد» (٢).

و في البحر الرائق: «و تتم الهبة بقبض الأم أو الأجنبي بشرط أن يكون في حجر القابض؛ لأنّ للأمّ الولاية فيما يرجع إلى حفظه و حفظ ماله، و للأجنبي يد معتبرة» (٣).

و به قال الطحاوى (٤) و السرخسى (٥) و الأستروشنى (٦) و ابن نجيم و السمرقندى (٧) و ابن عابدين (٨) و الشيخى زاده (٩)

(١) الهداية للمرغينانى ٣: ٢٥٣.

(٢) البناية ٩: ٢١٦.

(٣) البحر الرائق ٧: ٤٩١.

(٤) مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٤٠.

(٥) المبسوط للسرخسى ١٢: ٦١.

(٦) أحكام الصغار: ١٧١.

(٧) البحر الرائق ٧: ٤٩٠، تحفة الفقهاء ٣: ١٦٨، مجمع الأنهر ٣: ٤٩٧.

(٨) حاشية رد المحتار ٨: ٤٤٩.

(٩) مجمع الأنهر ٣: ٤٩٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٧٤

ب- الحنابلة

ففى المغنى لابن قدامة: «إن كان الموهوب له طفلاً أو مجنوناً لم يصح قبضه و لا قبوله؛ لأنه من غير أهل التصرف، و يقبض له أبوه إن كان أميناً؛ لأنه أشفق عليه و أقرب إليه، فإن لم يكن له أب قبض له وصى أبيه... و إن كان الأب غير مأمون، أو كان مجنوناً، أو مات عن غير وصى، فأمينه الحاكم... و لا يصح القبض من غير هؤلاء- إلى أن قال: - و يحتمل أن يصح القبول و القبض من غيرهم عند عدمهم؛ لأنّ الحاجة داعية إلى ذلك؛ فإنّ الصبى قد يكون فى مكان لا حاكم فيه و ليس له أب و لا وصى، و يكون فقيراً لا غنى به عن الصدقات، فإن لم يصح قبض غيرهم له انسدّ باب وصولها إليه فيضيع و يهلك، و مراعاة حفظه عن الهلاك أولى من مراعاة الولاية، فعلى هذا للأمّ القبض له و كل من يليه من أقاربه و غيرهم» (١).

و مثل ذلك فى منتهى الإرادات (٢) و كشاف القناع (٣) و الفروع (٤).

و فى المبدع: «يصح قبض المميز و قبوله بلا إذن وليه» (٥).

و لكن قال فى الإقناع (٦) و الإنصاف (٧): لا يصح قبض طفل و لو مميزاً، بل وليه الأمين يقوم مقامه.

و يستفاد من كلماتهم أنه يجوز للأب و غيره أن يوجب و يقبل و يقبض؛ بأن كان هو نفسه واهباً للصبى و يقبل و يقبض عنه (٨)

(١) المغنى ٦: ٢٥٨-٢٥٩، الشرح الكبير ٦: ٢٥٧-٢٥٨.

(٢) منتهى الإرادات ٣: ٣٩٦-٣٩٧.

(٣) كشاف القناع ٤: ٣٦٤.

(٤) الفروع ٤: ٤٨٦.

(٥) المبدع ٥: ٣٦٥.

(٦) الإقناع ٣: ٣١.

(٧) الإنصاف ٧: ١٢٥.

(٨) نفس المصادر السابقة.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٧٥

ج- الشافعية

عندهم القبض من أركان الهبة، فقد قال في الوجيز: «و به يحصل الملك، فإن مات الواهب قبل القبض تخير الوارث في الإقباض» (١).

و في منهاج الطالبين: «و لا يملك موهوب إلا بقبض» (٢).

و قال الماوردي: «أما القبض، فهو من تمام الهبة لا تملك إلا به» (٣).

فلو كان الموهوب له طفلاً لم يصح قبضه و لا قبوله؛ لأنه من غير أهل التصرف، و لذا قال الشافعي: و يقبض للطفل أبوه (٤).

و في العزيز: «إذا كانت الهبة لمن (٥) ليس له أهلية القبول، كالطفل فينظر: إن كان الواهب أجنبياً قبل له من يلي أمره من ولي و وصي

و قيم، و إن كان الواهب من يلي أمره، فإن كان غير الأب و الجد قبل له الحاكم أو من ينيبه.

و إن كان أباً أو جدّاً تولّى الطرفين ... و لا اعتبار بقبول المتعهد الذي لا ولاية له على الطفل» (٦). و به قال النووي (٧).

و في الحاوي الكبير: «إن كان الواهب للطفل أبوه ... فيكون في البذل و الإقباض نائباً عن نفسه و في القبول و القبض نائباً عن ابنه،

فأما أمين الحاكم فلا يصح ذلك منه إلا أن يقبله منه قابل و يقبضه منه قابض، و كذلك وصي الأب» (٨)

(١) الوجيز ١: ٤٣٠.

(٢) منهاج الطالبين ٢: ٢٩٥.

(٣) الحاوي الكبير ٩: ٤٠١.

(٤) مختصر المزني: ١٣٤.

(٥) في المصدر: «ممن» و الظاهر أن ما أثبتناه هو الصواب كما في روضة الطالبين.

(٦) العزيز شرح الوجيز ٦: ٣٠٩.

(٧) روضة الطالبين ٥: ٥.

(٨) الحاوي الكبير ٩: ٤٠٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٧٦

و جاء في روضة الطالبين: أن الصدقة كالهدية بلا فرق بينهما؛ سواء كانت الهدية الأتعمة أو غيرها (١).

د- المالكية

فقد خالفوا رأى الشافعية، و قالوا بلزوم الهبة بدون القبض، ففي البيان: «قال مالك: تلزم الهبة بالإيجاب و القبول من غير قبض، فإن

امتنع الواهب من الإقباض دفعه الموهوب له إلى الحاكم ليجبره على الإقباض» (٢).

و مثل ذلك في حلية العلماء (٣) و المغنى و الشرح (٤) و التهذيب (٥).

و قال ابن رشد: «قول مالك و من تابعه أن الهبة تنعقد بالقول و تلزم به، و لا تتم إلا بالحيازة» (٦).

و لكن مع ذلك يجوز عندهم أن يحوز و يقبض الأب الهبة و الصدقة للصبي.

ففي المدونة: «قلت: فإن وهب الأب لولده و هم صغار ثم أشهد لهم، أ هو الجائر في قول مالك؟ قال: نعم» (٧).

و في الكافي: إذا وهب الرجل لابنه الصغير فلا حيازة عليه فيما وهب له إلا الإشهاد بالهبة و الإعلان بها؛ لأنه هو الحائز له (٨). و كذا

فى غيرہ «٩»

- (١) روضة الطالبين ٥: ٥.
 - (٢) البيان ٨: ١١٤.
 - (٣) حلية العلماء ٦: ٤٨.
 - (٤) المغنى و الشرح ٦: ٢٥١.
 - (٥) التهذيب فى فقه الشافعى ٤: ٥٢٧.
 - (٦) المقدمات الممهّدة ٢: ٤١٣.
 - (٧) المدونة الكبرى ٦: ١٣٣.
 - (٨) الكافى فى الفقه المالكى: ٥٣٠.
 - (٩) الشرح الصغير مع بلغة السالك ٤: ٤٤، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٦١.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٧٧

المبحث الرابع: الولاية على القبض فى الوقف على الأطفال

إشارة

و فيه مطلبان:

المطلب الأول: أن يتولّى الأب أو الجدّ أو الوصى القبض عن الصغير

إشارة

لا خلاف بين الفقهاء فى اشتراط صحّة الوقف «١» بالقبض، فلو وقف على أولاده الأصغر جاز، و يتولّى القبض عنهم. قال الشيخ رحمه الله: «إن وقف ما يملك و لا يخرج من يده و لم يقبضه الموقوف عليه أو من يتولّى عنهم، لم يصحّ الوقف و كان باقياً على ما كان عليه من الملك، فإن مات و الحال ما ذكرناه كان ميراثاً. و إذا وقف على ولده الكبار فلا بدّ من تقييضمهم الوقف... و إن كان أولاده صغاراً، جاز الوقف و إن لم يقبضهم إياه؛ لأنّه الذى يتولّى القبض عنهم» «٢».

و فى المختصر النافع: «لو- أى الوقف- كان على طفل قبضه الولي، كالأب و الجدّ للأب أو الوصى، و لو وقف عليه الأب أو الجدّ صحّ؛ لأنّه مقبوض بيده» «٣»

(١) الوقف يجمع على وقوف و أوقاف، و هو فى اللغة الحبس. تقول: وقفت كذا إذا حبسته. لسان العرب ٦: ٤٧٧، و عرفه المحقق بأنّه عقد ثمرته تحييس الأصل و إطلاق المنفعة. شرائع الإسلام ٢: ٢١١. و قال بعض آخر: إنّ الوقف شرعاً حبس مالٍ يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه. نهاية المحتاج ٥: ٣٥٨.

(٢) النهاية للطوسى: ٥٩٥.

(٣) المختصر النافع: ١٨٣، شرائع الإسلام ٢: ٢١٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٧٨

و به قال جماعة من المتقدمين «١» و المتأخرين «٢» و بعض فقهاء العصر «٣».

جاء فى تحرير الوسيلة: «لو وقف الأب على أولاده الصغار ما كان تحت يده- و كذا كلّ ولى إذا وقف على المولى عليه ما كان تحت يده- لم يحتج إلى قبض حادث جديد، لكن الأحوط أن يقصد كون قبضه عنه، بل لا يخلو من وجه» «٤».

و كذا فى تفصيل الشريعة «٥».

شيرازى، قدرت الله انصارى و پژوهشگران مركز فقهى ائمه اطهار عليهم ا، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ٤ جلد، مركز فقهى ائمه اطهار عليهم السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٩ ه ق موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها؛ ج ٢، ص: ٤٧٨

و جاء فى المسالك: «لما كان المعتبر من القبض رفع يد الواقف و وضع يد الموقوف عليه، و كانت يد الولي بمنزلة يد المولى عليه، كان وقف الأب و الجدّ و غيره- ممن له الولاية على غير الكامل لما فى يده- على مولى عليه متحققاً بالإيجاب و القبول؛ لأنّ القبض حاصل قبل الوقف» «٦».

و فى الرياض: «بلا خلاف فى الأب و الجدّ» «٧». و كذا فى الجواهر «٨». و ادعى الفاضل المقداد الإجماع عليه «٩»

(١) المهذب لابن البراج ٢: ٨٨، غنية النزوع: ٢٩٨، إرشاد الأذهان ١: ٤٥٢، قواعد الأحكام ٢: ٣٨٨-٣٨٩، الدروس الشرعية ٢: ٢٦٦.

(٢) جامع المقاصد ٩: ٢٢، مفتاح الكرامة ٩: ٢٦، الحدائق الناضرة ٢٢: ١٤٦، كفاية الأحكام: ١٤٠، جواهر الكلام ٢٨: ٦٤.

(٣) وسيلة النجاة ٢: ١٢٨، منهاج الصالحين للسيد الخوئي ٢: ٢٣٣.

(٤) تحرير الوسيلة ٢: ٦٢، كتاب الوقف، مسألة ١٠.

(٥) تفصيل الشريعة، كتاب الوقف: ٢٢.

(٦) مسالك الأفهام ٥: ٣٦٠.

(٧) رياض المسائل ٦: ٨٨.

(٨) جواهر الكلام ٢٨: ٦٤.

(٩) التنقيح الرائع ٢: ٣٠٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٧٩

أدلة هذا الحكم

و يمكن الاستدلال لهذا الحكم بوجوه:

الأول: الإجماع الذى أشرنا إليه.

الثانى - و هو العمدة-: النصوص.

١- صحیحه

محمد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام أنه قال فى الرجل يتصدق على وُلده و قد أدركوا: «إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز؛ لأنّ والده هو الذى يلى أمره»

الحديث «١».

٢- صحيحة

جميل قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يتصدق على بعض ولده بصدقة وهم صغار، أله أن يرجع فيها؟ قال: «لا، الصدقة لله تعالى» ٢.

٣- معتبرة

عبيد بن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا، قال: «إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز؛ لأنّ الوالد هو الذي يلي أمره». الحديث «٣».

ومثلها الصحيحة الثانية لجميل ٤ و صحيحة صفوان ٥ و رواية علي بن جعفر «٦». فإنّ هذه الأخبار - مع التعليل في بعضها - صريحة في المقام، و المراد من التصدق هو الوقف.

المطلب الثاني: اعتبار قصد القبض أو عدمه عن الصبي**إشارة**

هل يعتبر قصد كون القبض في الوقف عن المولى عليه أم لا، بل يكفى نفس

(١) (١، ٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٩٧ و ٢٩٨ الباب ٤ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ١ و ٢.

(٣) (٣، ٤، ٥) نفس المصدر ١٣: ٢٩٨ و ٢٩٩ الباب ٤ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ٤ و ٥ و ٧.

(٦) مسائل علي بن جعفر: ١٩٥ ح ٤١١، و مسائل الشيعة ١٣: ٣٣٨ الباب ٥ من كتاب الهبات، ح ٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٨٠

كونه مقبوضاً له و إن تجرّد عن القصد و تجديد التّية؟ وجهان، بل قولان:

القول الأول: أنّه يشترط في القبض عن الصبي أن يقصد الولي كون القبض قبضاً عن الصبي، احتمله الشهيد الثاني في المسالك «١». و لكن جزم به في موضع آخر منه، حيث قال: «لو وقف الأب أو الجدّ ما بيدهما على المولى عليه اعتبر قبضهما عن الطفل، و لا يكفى استصحاب يدهما؛ لأنّ القبض السابق محسوب لنفسه لا لغيره» ٢.

و ذهب إليه المحقق الثاني، حيث قال: المتبادر من قوله: «كان قبضه قبضاً عنهم» أنّ مجرد كونه مقبوضاً في يده كافٍ في حصول القبض عنهم و إن لم يقصد القبض عنهم. و يشكل بأنّ القبض إنّما يحسب لدى اليد ما لم يقصده لغيره ممّن له ولاية عليه و نحوه «٣».

و في موضع آخر: «و كذا- أي لا- يعتدّ بالقبض من دون القصد- لو وقف الولي ما بيده و ذهل عن القبض للطفل؛ لأنّ القبض محسوب للواقف، فما لم يحصل قصد يقتضى صرفه إلى الطفل، لم ينصرف إليه، و كذا القول في الوكيل» «٤».

و هكذا استظهره من الرواية في مفتاح الكرامة، حيث قال: «قلت في صحيح صفوان ما يظهر منه اعتبار قصده القبض عنهم، حيث قال عليه السلام:

و إن كانوا صغاراً و قد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم «٥»؛

لأنّ الظاهر من سياق الخبر ظهور لا يكاد ينكر: أنّ المراد قصد ولايتها لهم إلى أن يبلغوا.

و فى خبر على بن جعفر فى كتابه:
إذا كان أب تصدق على ولد صغير فإنها

- (١) (١، ٢) مسالك الأفهام ٥: ٣٧٣ و ٣٦٠.
(٣) جامع المقاصد ٩: ٢٣.
(٤) نفس المصدر ٩: ٢٥.
(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٢٩٨ الباب ٤ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ٤.
موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٨١
جائزة؛ لأنه يقبض لولده إذا كان صغيراً «١»،
و هو كصحيح صفوان، و لعلهم لو ظفروا به ما أطلق و لا اختلف اثنان «٢».
و قال المحدث الكاشانى: «فلو وقف على أولاده الأصغر، سقط اعتبار القبض؛ لحصوله قبل الوقف فيستصحب، لكن الأولى أن يقصد بعد ذلك القبض عنهم للوقف» «٣».
و فى الجواهر: «اللهم إنا أن يُراد من نحو العبارة- اى عبارة الشرائع- صيرورة قبضه قبضاً عنهم شرعاً، و لكن فيه حينئذ أنه خلاف ظاهر الأدلة خصوصاً صحيح صفوان الظاهر فى اعتبار الحيابة لهم المتوقف على التية، بل لعل ذلك هو المراد من التعليل، لا إرادة عدم الاحتياج إلى قصد، كما هو واضح لمن أوهبه الله تعالى الانتقاد» «٤».
و قال به أيضاً فى جامع المدارك «٥» و تحرير الوسيلة «٦».
القول الثانى- و هو الحق-: أنه لا يعتبر قصد كون القبض عن الصبى، كما استظهره الشهيد الثانى فى موضع من المسالك «٧».
و قال المحقق القمى فى جامع شتاته: «لو وقف لولده الصغير يكفى قبض الولي له، و ظاهر الأحاديث المعتبرة و إطلاق كلمات أكثر العلماء عدم الافتقار إلى قصد جديد» «٨»

- (١) نفس المصدر ١٣: ٣٣٨ الباب ٥ من كتاب الهبات، ح ٥.
(٢) مفتاح الكرامة ٩: ٢٦.
(٣) مفاتيح الشرائع ٣: ٢١٥.
(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٦٥.
(٥) جامع المدارك ٤: ٦.
(٦) تحرير الوسيلة ٢: ٦٢ مسألة ٩.
(٧) مسالك الأفهام ٥: ٣٦٠.
(٨) جامع الشتات ٤: ٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٨٢
و فى الرياض: «و إطلاقهما «١» - كالعبارة و كثير من عبارات الجماعة- يقتضى الاكتفاء بقبضهما و إن تجرد عن نية القبض عنهما» «٢».
و فى كفاية الأحكام: «الأقرب أنه لا يفتقر إلى نية القبض عن المولى عليه» «٣».
و فى منهاج الصالحين: كون العين الموقوفة فى يد الوالد يكفى فى تحقق القبض «٤».
و فى تفصيل الشريعة: «يكفى فى الجواز و المضى مجرد كون الواقف هو الأب و الموقوف عليه ولده الصغير أو أولاده كذلك- إلى

أن قال: - فإلقبض و الإقباض حقيقة لا يعقل هنا؛ لا اتحاد الشخص» «٥».

أدلة عدم اعتبار قصد القبض عن الصبي

و يدلّ على هذا الحكم إطلاق الأخبار الواردة المتقدمة في هذا المقام. و استدللّ المحدث البحراني بعدم الدليل عليه، حيث قال: «لا يجب تجديد التية و القصد في كونه قبضاً عن المولى عليه؛ لعدم الدليل عليه، و إطلاق النصوص يقتضى العدم» «٦».

و كذا في المسالك «٧».

و أما ما ذكره القائلون باعتبار القصد و التية من الاستدلال بصحيفة صفوان

(١) أى إطلاق صحيح صفوان و عبيد بن زرارة.

(٢) رياض المسائل ٦: ٨٩.

(٣) كفاية الأحكام: ١٤٠.

(٤) منهاج الصالحين للسيد الخوئي ٢: ٢٣٣.

(٥) تفصيل الشريعة، كتاب الوقف: ٢٢.

(٦) الحدائق الناضرة ٢٢: ١٤٦.

(٧) مسالك الأفهام ٥: ٣٦٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٨٣

و معتبرة على بن جعفر، فيمكن أن يقال: إنهما تشعران بذلك؛ لأنه يحتمل أن يكون المراد قصد ولايتهم و قصد القبض عنهم، فلا بد حينئذٍ من تجديد التية.

لكن لا- بدّ من البحث في حقيقة القبض؛ و أنّه بما ذا يتحقّق القبض الذى يترتب عليه أحكام فى البيع و الوصية و الرهن و الهبة و الوقف و غيرها، و حيث لم يرد فيه نصّ كلّي حتى نستفيد منه الحكم الشرعى، فلا مناص من الرجوع إلى العرف؛ لأنّ من عادة الشرع ردّ الناس إلى ما هو متعارف و متداول من الاصطلاحات فيما لم ينصّ على مقصوده باللفظ.

فقد جاء فى مجمع البحرين: «قوله- تعالى:- (وَ الْأَرْضُ جَمِيعاً قَبْضَتُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ) «١» أى فى ملكه، مثل قولهم: قد صار الشىء فى قبضتك، أى فى ملكك» «٢».

و فى لسان العرب: «القبض: تحويلك المتاع إلى حيزك، القبض: تناول للشىء بيدك ملامسة، فى قبضى و قبضتى أى فى ملكى.

و قوله- عزّ و جلّ:- (وَ الْأَرْضُ جَمِيعاً قَبْضَتُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ) قال ثعلب: هذا كما تقول: هذه الدار فى قبضتى و يدي، أى فى ملكى» «٣».

و لأجل هذا قال الشيخ فى المبسوط فى كيفية القبض: «ينظر فى المبيع، فإن كان ممّا لا ينقل و لا يحوّل، فالقبض فيه التخلية مثل العقار» «... ٤».

و فى الدروس: «القبض فى غير المنقول التخلية بعد رفع اليد» «٥». و الذى ذكر

(١) سورة الزمر ٣٩: ٦٧.

(٢) مجمع البحرين ٣: ١٤٣٢ مادة قبض.

(٣) لسان العرب ٥: ١٩٠ مادة قبض.

(٤) المبسوط للطوسي ٢: ١٢٠.

(٥) الدروس الشرعية ٣: ٢١٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٨٤

هو مقتضى العرف و اللغة. و به قال بنو حمزة «١» و البراج «٢» و زهرة «٣». و ادعى السيد أبو المكارم الإجماع على ذلك «٤».

و قال العلامة: «إن لم يكن منقولاً، فلقبض فيه: التخليه لنا: أن العرف يقضى بما قلناه» «٥».

و فى الرياض: «اتفق الأصحاب على أن القبض هو التخليه بينه و بينه بعد رفع اليد عنه فيما لا ينقل خاصه كالعقار و نحوه» «٦».

فلقبض فيما لا ينقل و لا يحول هو التخليه، و معنى التخليه كون الشىء تحت يده و فى سلطانه و استيلائه على نحو المالك الذى لا إشكال فى كون ماله مقبوضاً له؛ بمعنى كونه فى قبضه و إن كان له شريك فيه، فمتى خلى بينه و بينه و رفع المالك اليد عنه فقد تحقّق القبض «٧».

و لا شك أن الضيعه الواردة فى صحيح صفوان ممّا لا ينقل و لا يحول، و معنى القبض فيها: التخليه كما حققناه، فحيازه الولي للأولاد أن تكون التخليه بين الضيعه و بين الولي و رفع الواقف يده عنها، و تكون الضيعه فى يد الولي و تحت سلطانه و استيلائه، و قصد هذا المعنى للولي أمر قهرى لا ينفك عنه الولي الواقف؛ لأنه بحسب الطبيعه و الجبله من كان له ملك و أزال ذلك

(١) الوسيله: ٢٥٢.

(٢) المهذب ١: ٣٨٥.

(٣) غنيه النزوع: ٢٢٩.

(٤) نفس المصدر.

(٥) مختلف الشيعة ٥: ٣٠١.

(٦) رياض المسائل ٥: ١٥٠.

(٧) و مقتضى هذا البيان أن القبض ليس من الامور القصدية، مع وضوح كونه منها، و على هذا فاللازم أو لا أقل الاحتياط يقتضى لزوم قصد القبض و تجديد التيه. م ج ف.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٨٥

الملك عن نفسه بنقله إلى الموقوف عليه ممّن له الولاية عليه؛ فإنه لا بدّ من تغيير قصده، و تيته فى وضع اليد عليه من أنه بالملك فى الأول و بالولاية فى الثانى، فاختلاف القصد بين الحالة الاولى و الثانية أمر جبلى طبيعى، كما أشار إليه فى الحدائق «١».

و يؤيده أن المفيد «٢» و الشيخ «٣» و القاضى ابن براج «٤» و المحقق «٥» و العلامة «٦» عبروا بأن قبض الوالد قبض الولد.

و به قال السيد الفقيه السبزواري رحمه الله، حيث قال: «إن تحقّق الاستيلاء الكافى فى القبض تكويني، و تجدد العنوان بعد تجدد جهه القبض و الاستيلاء قهرى، لا أن يكون قصدياً اختيارياً» «٧».

فلا يجب تجديد التيه و القصد فى كون القبض قبضاً عن الصبي، و لكنّ الأحوط أن يقصد كون قبضه عن الصبي؛ لأنه حسن فى كلّ حال.

كما احتاط فى هذه المسألة السادة الفقهاء: اليزدى «٨» و الاصفهاني «٩» و الإمام الخميني «١٠» و الفاضل المامقاني «١١»

(١) الحدائق الناضرة ٢٢: ١٤٦.

- (٢) المقنعة: ٦٥٨.
- (٣) النهاية: ٦٠٢.
- (٤) المهذب ٢: ٩٥.
- (٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٠.
- (٦) قواعد الأحكام ٢: ٣٨٩.
- (٧) مهذب الأحكام ٢٢: ٢٠.
- (٨) تنمّة العروة ٢: ١٨١.
- (٩) وسيلة النجاة ٢: ١٢٨.
- (١٠) تحرير الوسيلة ٢: ٦٢ مسألة ١٠.
- (١١) مناهج المتقين: ٣٢٤.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٨٦

فرع

قال فى الحدائق: «الظاهر أنه لا فرق فى الاكتفاء بقبض الولي بين كون الولي أباً أو جدّاً أو وصيهاً أو حاكماً شرعياً وإن كان مورد الأخبار المتقدمه الأب؛ فإنها إنما خرجت مخرج التمثيل لا الاختصاص، إذ العلة مشتركة بين الجميع، و تردّد بعض الأصحاب «١» فى إلحاق الوصي بالمذكورين، نظراً إلى ضعف يده و ولايته بالنسبة إلى غيره.

قال فى المسالك فى ردّ هذا المقال: و لا وجه للتردد؛ فإن أصل الولاية كافٍ فى ذلك، و المعتبر هو تحقّق كونه تحت يدى الواقف، مضافاً إلى ولايته على الموقوف عليه، فتكون يده كيده، و لا يظهر لضعف اليد و قوتها أثر فى ذلك «٢»، انتهى و هو جيّد «٣».

و جاء فى مفتاح الكرامة: «و قد عرفت ... بكفاية قبض الولي ... و قد دلّت على ذلك الأخبار فى الأب، و لا فارق و لا وجه لتردد بعضهم فى الوصي «٤».

و لقد أجادوا فيما أفادوا رحمهم الله.

الولاية على القبول و القبض فى الوقف عند أهل السنّة

أ- الولاية على القبول

اختلف الشافعية فى ماهية الوقف إذا كان على آدمى معين، فمنهم من قال: إنه عقد لا يتمّ إلّا بالقبول كالوصية و الهبة، و منهم من قال: إنه إيقاع لا يحتاج لتمامه

(١) هو المحقق فى شرائع الإسلام ٢: ٢١٧.

(٢) مسالك الأفهام ٥: ٣٦٠.

(٣) الحدائق الناضرة ٢٢: ١٤٧.

(٤) مفتاح الكرامة ٩: ١٠.

موسوعة أحكام الأبطال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٨٧
 أن وقع القبول من الطرف الآخر. و قال بعض الحنابلة: إن فيه وجهان.
 قال ابن قدامة: «و إن كان على آدمي معين ففي اشتراط القبول وجهان:
 أحدهما: اشتراطه، لأنه تبرع لآدمي معين، فكان من شرطه القبول كالهبة و الوصية، يحققه أن الوصية إذا كانت لآدمي معين وقفت
 على قبوله، و إذا كانت لغير معين أو لمسجد أو نحوه لم تفتقر إلى قبول، كذا هنا.
 و الوجه الثاني: لا يشترط القبول... لأنه إزالة ملك يمنع البيع و الهبة و الميراث، فلم يعتبر فيه القبول، كالعق «... ١».
 و مثل ذلك في التهذيب «٢» و نهاية المحتاج «٣» و العزيز «٤».
 فعلى القول باشتراط القبول في الوقف، لا بد في الوقف على الصبي أن يقبل وليه عنه؛ لأن الصبي ليس من أهل التصرف.
 ففي معنى المحتاج: «و الأصح أن الوقف على معين يشترط فيه قبوله متصلاً بالإيجاب إن كان من أهل القبول، و إلّا فقبول وليه كالهبة
 و الوصية» «٥».
 و كذا في نهاية المحتاج «٦».
 و المشهور بين المالكية أن الوقف على معين إيقاع، و ليس القبول إلّا شرط

(١) المغنى ٦: ١٨٨-١٨٩، الكافي في فقه أحمد ٢: ٢٥٤، الشرح الكبير ٦: ٢٠٠، مطالب أولى النهي ٦: ٣١، كشف القناع ٤: ٣٠٦.

(٢) التهذيب في فقه الشافعي ٤: ٥١٧.

(٣) نهاية المحتاج ٥: ٣٧٢.

(٤) العزيز شرح الوجيز ٦: ٢٦٥.

(٥) مغنى المحتاج ٢: ٣٨٣.

(٦) نهاية المحتاج ٥: ٣٧٢.

موسوعة أحكام الأبطال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٨٨

للاستحقاق فقط.

قال الخرشي: «و أمّا لو كان الوقف على معين كزيد مثلاً، و هو أهل للردّ و القبول؛ فإنه يشترط في صحته الوقف عليه قبوله. فإن لم
 يكن أهلاً لذلك كالمجنون و الصغير، فإنّ وليه يقبل له، فإن لم يكن له وليّ أُقيم له من يقبل عنه، كما في الهبة، فإن ردّ الموقوف
 عليه المعين ما وقفه الغير عليه في حياة الواقف أو بعد موته؛ فإنّ الوقف يرجع حبساً للفقراء و المساكين» «١».

و كذا في تبين المسالك «٢» و جواهر الإكليل «٣».

و به قال أيضاً في الشرح الصغير «٤» و عقد الجواهر «٥» و التاج و الإكليل «٦».

و هكذا الوقف على المعين عند الحنفية إيقاع، فليس القبول شرطاً في صحته بل هو شرط للاستحقاق.

قال ابن نجيم: «و لو وقفه على ولد عبد الله و نسله فلم يقبلوا كانت الغلّة للفقراء، و لو حدثت الغلّة بعد ذلك فقبلوا كانت الغلّة لهم»
 «٧».

و به قال في الإسعاف «٨» و المبسوط «٩» و البنائة «١٠» و غيرها «١١»

(١) حاشية الخرشي ٧: ٣٨٥.

(٢) تبين المسالك ٤: ٢٥٥.

(٣) جواهر الإكليل ٢: ٢٠٨.

(٤) الشرح الصغير مع بلغة السالك ٤: ١٥، الشرح الكبير مع الدسوقي ٤: ٨٨.

(٥) عقد الجواهر الثمينه ٣: ٣٢.

(٦) التاج و الإكليل مع مواهب الجليل ٧: ٦٤٨.

(٧) البحر الرائق ٥: ٣٣٣.

(٨) الإسعاف في أحكام الأوقاف: ١٧.

(٩) المبسوط للسرخسي ١٢: ٣٨ و ما بعده.

(١٠) البناءة في شرح الهداية ٧: ١١٢.

(١١) بدائع الصنائع ٥: ٣٢٦ و ما بعده.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٨٩

ب- الولاية على القبض

ذهب المالكية إلى أنه يشترط الحيابة و القبض لتمام الوقف و لزومه. و معنى الحيابة رفع يد واقفه عنه و تسليمه لغيره «١».

قال ابن رشد: «و من شرط تمامه القبض و الحيابة كالهبة و الصدقة، فإن لم يقبض عنه و لا خرج عن يده حتى مات فهو باطل و يكون موروثاً عنه» «٢».

و جاء في تبيين المسالك: «الحوز شرط في كل التبرعات و منها الوقف...»

و لا تتم هبة و لا صدقة و لا حبس إلا بالحيابة، فإن مات قبل أن تحاز عنه فهي ميراث «٣».

و كذا في حاشية الدسوقي «٤» و الذخيرة «٥» و عقد الجواهر الثمينه «٦».

على هذا، إذا وقف للصبى فلاجل أن الصبى ليس من أهل التصرف فلا يعتبر قبضه بل يقبض عنه وليه.

و لذلك قال في القوانين الفقهية: «و يقبض الوالد لولده الصغير و الوصى لمحجوره» «٧».

و في جواهر الإكليل: «إذا وقف على من هو في حجره من ابنه الصغير أو المجنون أو السفية، فلا يبطل ببقاء يد واقفه عليه». و قال أيضاً: «فإن حازه ولي الصغير و قبل فلا يبطل» «٨»

(١) جواهر الإكليل ٢: ٢٠٦.

(٢) المقدمات الممهّدة ٢: ٤١٩.

(٣) تبيين المسالك ٤: ٢٥٩ و ٢٦٠.

(٤) حاشية الدسوقي ٤: ٨١.

(٥) الذخيرة للقرافي ٦: ٣١٨.

(٦) عقد الجواهر الثمينه ٣: ٣٩.

(٧) القوانين الفقهية: ٣٨٨.

(٨) جواهر الإكليل ٢: ٢٠٦ مع تصرف يسير.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٩٠

و قال الحطاب: «إذا وقف على صغار ولده أو من في حجره، فهو الذى يتولى حيازة وقفهم و النظر لهم» «١».

و كذا في التاج و الإكليل «٢» و الشرح الصغير «٣» و تبيين المسالك «٤».

و ذهب جمهور الحنابلة و الشافعية إلى أنه لا يشترط للزوم الوقف و صحته إخراج الموقوف عن يد الواقف، فلا يعتبر قبض الموقوف عليه و حيازته.

قال فى الإنصاف: «قوله: و لا- يشترط إخراج الوقف عن يده فى إحدى الروايتين. و هو المذهب، و عليه الجمهور. قال المصنف و غيره: هذا ظاهر المذهب.

و اختاره القاضى و أصحابه.

و جزم به فى الخلاصة و الوجيز. و قدمه فى المحرر و الفروع و الرعايتين، و الحاوى الصغير و الفائق و غيرهم و...

قال الزركشى: هو المشهور، و المختار المعمول به من الروايتين «٥».

و كذا فى مطالب أولى النهى «٦» و منتهى الإرادات «٧» و الحاوى الكبير «٨» و روى عن أحمد أنه يشترط أن يخرج عن يده «٩».

و أما الحنفية، ففى هذه المسألة على قولين:

(١) مواهب الجليل ٧: ٦٣٧.

(٢) التاج و الإكليل مع المواهب الجليل ٧: ٦٣٨.

(٣) الشرح الصغير مع بلغة السالك ٤: ١٥.

(٤) تبيين المسالك ٤: ٢٥٩.

(٥) الإنصاف ٧: ٣٥.

(٦) مطالب أولى النهى ٦: ٣٠.

(٧) منتهى الإرادات ٣: ٣٤٣.

(٨) الحاوى الكبير ٩: ٣٧٢.

(٩) الإنصاف ٧: ٣٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٩١

الأول: عدم اشتراط القبض و التسليم

قال السرخسى: «إن جعل أرضاً له مسجداً لعامة المسلمين ... عند أبى يوسف يصير مسجداً إذا أبانه عن ملكه و أذن للناس بالصلاة فيه

و إن لم يصل فيه أحد، كما فى الوقف على مذهبه؛ لأن الوقف يتم بفعل الواقف من غير تسليم إلى المتولى» - إلى أن قال: - «هذه

إزالة ملك لا تتضمن التمليك فتتم بدون القبض كالتق ... و لأن القبض إنما يعتبر من المتملك أو من نائبه ليتأكد به ملكه ...

و الصدقة الموقوفة لا يتملكها أحد، فلا معنى لاشتراط القبض فيها» «١».

و به قال فى الهداية «٢» و مختصر اختلاف العلماء «٣».

الثانى: اشتراط القبض و التسليم

قال به محمد بن الحسن الشيبانى و ابن أبى ليلى و مشايخ البخارى.

جاء فى المبسوط: «و على قول محمد لا يتم إلا بالإخراج من يده و التسليم إلى المتولى، و هو قول ابن أبى ليلى، و حجته فى ذلك أن

إزالة الملك بطريق التبرع، فتمامه بالتسليم كما فى الصدقة المنفذة» «٤».

و كذا فى البناء «٥» و مجمع الأنهر «٦» و البحر الرائق «٧» و فتح القدير «٨»

(٢) الهداية ٣: ١٦ و ٢١.

(٣) مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٥٧.

(٤) المبسوط للسرخسى ١٢: ٣٥.

(٥) البناءة ٧: ٦٩.

(٦) مجمع الأنهر ٢: ٥٧٢.

(٧) البحر الرائق ٥: ٣٢٣.

(٨) فتح القدير ٥: ٤١٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٩٢

المبحث الخامس: الولاية على قبول الوصية «١» للصغير

إشارة

اختلفت الفقهاء فى لزوم القبول للموصى له و عدمه على أقوال.

قال الشيخ: «ينتقل الملك إلى الموصى له بشرطين: بوفاء الموصى و قبول الموصى له، فإذا وجد الشرطان انتقل الملك عقيب القبول»
«٢».

و فى الجواهر: «إنّ الأقوال فى المسألة ثلاثة: أحدها: أنّ القبول تمام السبب الناقل كباقي العقود، و الثانى: كونه شرطاً فى الملك كاشفاً، و الثالث: كونه شرطاً فى الزوم، و قد يحتمل عدم مدخليته أصلاً فى ملك و لا لزوم، و إنّما الردّ مانع، بل قد يحتمل عدم مانعيته الردّ أيضاً.

إلّا أنّ كلام الأصحاب كأنه متفق على خلاف الأخيرين، بل قد سمعت ضعف الثالث عندهم، و أنّ المعتدّ به القولان الأولان، كما أنّ المشهور منهما الثانى الذى قد عرفت كونه أقواهما» «٣».

و لكن اشتراط القبول على القول به مختصّ بالوصية التمليلية. و أمّا الوصية العهديّة فلا تحتاج إلى القبول.

(١) الوصية فى اللغة الإيصال، مأخوذ من وصّيت الشىء. أوصى الرجل؛ أى عهد إليه، و سمّيت وصيةً لارتباطها بأمر الميت. لسان العرب ٦: ٤٥١.

و عرّفها المحقق بأنّها تملك عين أو منفعة بعد الوفاء. و يفترق إلى إيجاب و قبول ... و ينتقل بها الملك إلى الموصى له بموت الموصى و قبول الموصى له. شرائع الإسلام ٢: ٢٤٣.

و فى المجموع بأنّ الوصية شرعاً تبرّع بحقّ مضاف و لو تقديراً لما بعد الموت. المجموع شرح المهذب ١٦: ٢٩٢.

(٢) المبسوط للطوسى ٤: ٢٨.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ٢٥٢ - ٢٥٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٩٣

و فى تحرير الوسيلة: «لا إشكال فى أنّ الوصية العهديّة لا تحتاج إلى القبول...»

و أمّا الوصية التمليلية، فإن كانت تملكاً للنوع كالوصية للفقراء و السادة...

لا- يعتبر فيها القبول. و إن كانت تملكاً للشخص، فالمشهور على أنّه يعتبر فيها القبول من الموصى له، و الظاهر أنّ تحقّق الوصية و

ترتب أحكامها من حرمة التبديل و نحوها لا يتوقف على القبول، لكن تملك الموصى له متوقف عليه، فلا يملك قهراً. فالوصية من الإيقاعات لكنها جزء سبب للملكية في الفرض» (١).

و به قال في تفصيل الشريعة، إلا أنه قال: «حصول الملكية للموصى له يتوقف على عدم الرد بحيث يكون الرد مانعاً لظهور الإجماع» (٢)، و لولاه لم يتوقف عليه أيضاً» (٣).

و بالجملة: بعد ثبوت اعتبار القبول في الوصية فالولي يتولى القبول للصبي.

... قال العلامة في التذكرة: «إذا أوصى للحمل صحت، و كان القابل للوصية أبوه أو جدّه أو من يلي اموره بعد خروجه حياً، و لو قيل قبل انفصاله حياً ثم انفصل حياً ففي الاعتداد بذلك القبول إشكال» (٤).

و في التحرير: «و لو كان فيهم - أي الورثة - مولى عليه، قام و لئيه مقامه في القبول و الرد، و إنما يفعل ما للمولى عليه الحظ فيه، فلو كان الحظ في القبول فردّ لم يصح، فكان له القبول بعد ذلك، و لو كان الحظ في الرد فقبل لم يصح» (٥).

و قال الشهيد الثاني: «و المتّجه اعتبار القبول في الوصية للحمل مطلقاً، فيقبله

(١) تحرير الوسيلة ٢: ٩٠، كتاب الوصية مسألة ٥.

(٢) غنية النزوع: ٣٠٦، رياض المسائل ٩: ٤٢٩.

(٣) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٤٠.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٦١، الطبعة الحجرية.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٣٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٩٤

ولئيه ابتداءً و وارثه هنا» (١).

و في الروضة: «و قيل: يعتبر قبول ولئيه» (٢).

و الدليل لولاية الولي على قبول الوصية للصغير عموم ولايته، كما تقدّم في أمثال المقام.

و أما قبض الموصى به، فلا يعتبر في صحة الوصية؛ لعدم الدليل على اعتباره» (٣).

و إن كان مقتضى كلام الشيخ أنّ القبض شرط في لزوم أو الصحة، حيث قال: «الثالثة: أن يردها بعد القبول و القبض؛ فإنه لا يصح

الرد؛ لأنّ بالقبول تمّ عليه ملكه، و بالقبض استقرّ ملكه ... الرابعة: أن يردها بعد القبول و قبل القبض؛ فإنه يجوز - ... إلى أن قال: - و

الصحيح أنّ ذلك يصح، لأنه و إن كان قد ملكه بالقبول لم يستقرّ ملكه عليه ما لم يقبضه» (٤).

و لقد أجاد في الردّ على هذا القول في مفتاح الكرامة، حيث قال: «إنّ إطباق الأصحاب على الاقتصار على اعتبار الإيجابين و الموت و

عدم الردّ في البين يقضى بعدم اعتبار القبض، مضافاً إلى الأصل المستفاد من عمومات الباب و غيرها.

و خصوص الصحيح الذي رواه

العبيّاس بن عامر قال: سألته عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها، و لم يترك عقباً؟ قال: اطلب له وارثاً أو مولى فادفعها

إليه، قلت: فإن لم أعلم له ولياً، قال: اجهد على أن تقدر له على ولي، فإن لم تجد و علم الله منك الجّد فتصدّق بها» (٥)

. إلا أنه مضمّر، لكن رواه

(١) مسالك الأفهام ٦: ٢٣٦.

(٢) الروضة البهية ٥: ٢٥.

(٣) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٦٥٧.

(٤) المبسوط للطوسي ٤: ٣٣.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٤٠٩ الباب ٣٠ من كتاب الوصايا، ح ٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٩٥ □

العياشي «١» و الصدوق «٢» مسنداً إلى أبي عبد الله عليه السلام، و مثله خبر محمد بن عمر الباهلي و غيره «٣». و قد عقد له و لمسألة أخرى في الوسائل باباً سرد فيه أخباراً كثيرة.

و كان من خالف أو توقّف، غفل عنها؛ إذ ليس لمن ظفر بها أن يعدل عنها مع عدم المعارض لها، فالمسألة من القطعيّات «٤».

و قد مضى في الباب الأوّل في البحث عن حقوق الحمل ما يرتبط بالمقام، فراجع.

و أمّا الولاية على قطع الدعاوى و استيفاء القصاص عن الصغير فسندكرها في الباب الذي نبّحث فيه عن جنایات الصغار و الجنایة عليهم إن شاء الله.

الولاية على القبول في الوصية للصغير عند فقهاء أهل السنة

لا يشترط عندهم في صحّة الوصية و لزومها قبض الموصى به كما في الحاوي الكبير «٥» و المبسوط «٦». و فصّلوا بين الوصية لغير معيّن، كالوصية للفقراء و المساكين فقالوا بعدم اشتراط القبول فيها، و بين الوصية لمعيّن، كالوصية لرجلٍ مسمّى أو قومٍ محصورين، فلا بدّ من القبول عن الموصى له «٧»

(١) تفسير العياشي ١: ٧٧ ح ١٧١.

(٢) الفقيه ٤: ١٥٩، ح ٥٤٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٤٠٩ و ٤١٠ الباب ٣٠ من كتاب الوصايا، ح ٣ و غيره.

(٤) مفتاح الكرامة ٩: ٣٧٢-٣٧٣.

(٥) الحاوي الكبير ٩: ٤٠٥.

(٦) المبسوط للسرخسي ٢٨: ٤٩.

(٧) البيان ٨: ١٧١، أسنى المطالب ٣: ٤٣، المجموع شرح المهذب ١٦: ٣٣٤، العزيز شرح الوجيز ٧: ٦٣، الكافي ٢: ٢٧٠، كشاف القناع ٤: ٤١٦، مطالب أولى النهى ٦: ١٨٩، الإقناع ٣: ٥١، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٤١٠، مواهب الجليل ٨: ٥١٧، التاج و الإكليل ٨: ٥١٧، المقدمات و الممهّدات لابن رشد ٣: ١٢٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٩٦

و حيث إنّ الصبيّ ليس من أهل التصرف يتولّى عنه وليّه، و لنذكر شرطاً من كلماتهم في هذا المقام.

ففي منهاج الطالبين في مذهب الشافعية:

«إن وصّى لغير معيّن كالفقراء لزمّت بالموت بلا قبول أو لمعيّن اشترط القبول» «١». و كذا في الوجيز «٢».

و في التهذيب: «و لو أوصى لصبيّ أو مجنون يصحّ و يقبله وليّه» «٣».

و في نهاية المحتاج: «إن أوصى لمعيّن... اشترط القبول منه إن تأهّل... وإلّا فمن وليّه» «٤». و كذا في حاشية الخرشى «٥».

و قال ابن قدامة في الفقه الحنبلي: «و لا يملك الموصى له الوصية إلّا بالقبول في قول جمهور الفقهاء إذا كانت لمعيّن يمكن القبول

منه؛ لأنّها تمليك مال لمن هو من أهل الملك متعيّن، فاعتبر قبوله كالهبة و البيع. قال أحمد: الهبة و الوصية واحد. فأما إن كانت لغير

معين كالفقراء و المساكين و من لا يملك حصرهم كبنى هاشم و تميم، أو على مصلحة كمسجد أو حج، لم يفتقر إلى قبول و لزمتم بمجرّد الموت» (٦).

و قال الفقيه المالكي فى حاشيته على الشرح الكبير: «و قبول الموصى له البالغ الرشيد المعين شرط فى وجوب الوصية و تنفيذها بعد الموت» (٧).

(١) منهاج الطالبين ٢: ٣٦٤.

(٢) الوجيز ١: ٤٥٢.

(٣) التهذيب فى فقه الشافعى ٥: ٧٣.

(٤) نهاية المحتاج ٦: ٦٦.

(٥) حاشية الخرشي ٨: ٤٦٠.

(٦) المغنى ٦: ٤٤٠، الشرح الكبير ٦: ٤٤٢-٤٤٣.

(٧) الشرح الكبير، المطبوع فى هامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤: ٤٢٤، الشرح الصغير المطبوع مع بلغة السالك ٤: ٣١٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٩٧

و فى بدائع الصنائع فى الفقه الحنفى: «و له - أى الولي - أن يقبل الهبة و الصدقة و الوصية؛ لأن ذلك نفع محض فيملكه الولي» (١).

و بالجملة: فهذا قول جمهور الفقهاء، إلا أنه خالف فى ذلك بعض الحنابلة، فقالوا بعدم اشتراط القبول.

ففى الإنصاف: «و قال فى القواعد الفقهية: نص الإمام أحمد فى مواضع على أنه لا يعتبر للوصية قبول فيملكه قهراً كالميراث، و هو

وجه للأصحاب، حكاه غير واحد، و ذكر الحلوانى عن أصحابنا: أنه يملك الوصية بلا قبوله كالميراث» (٢).

(١) بدائع الصنائع ٤: ٣٥١.

(٢) الإنصاف ٧: ١٩١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٤٩٩

الفصل الخامس فى الوصية بالولاية

تمهيد

من جملة التصرفات التى يجوز فيها للولي أن يوصى إلى شخص أن يتولى امور الصغار بعد موته، و يعبر عنها فى كلمات الفقهاء ب

«الوصية بالولاية» و هل هذا الحكم مطلق؛ بمعنى أنه يجوز للأب الوصية بالولاية حتى مع وجود الجد، أو يشترط فى صحتها فقد الجد

و كذا من طرف الجد؟ و أيضاً هل يصح هذا من غير الأب و الجد، مثل الوصى و الحاكم و غيرهما من الأولياء، أم يشترط صدورهما

من الأب و الجد فقط، و هكذا هل تصح هذه الوصية من الام أيضاً، أم مختصة بالأب و الجد؟ و بالجملة: أ يشترط فى صحتها وجود

شرائط خاصة فى الولي، و ما هى هذه الشرائط، أم لا يشترط فيها شىء؟

للبحث عن المسائل التى أشير إليها و غيرها المرتبطة بها، عقدنا هذا الفصل، و فيه مباحث:

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٠٠

المبحث الأول: تعريفها و أركانها

أ- تعريفها

قال فى القواعد: «الوصية بالولاية: استنابة بعد الموت فى التصرف فيما كان له التصرف فيه؛ من قضاء ديونه و استيفائها، و ردّ الودائع و استرجاعها، و الولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان و المجانين، و النظر فى أموالهم و التصرف فيها بما لهم الحظّ فيه» (١). و كذا فى الروضة (٢).

و لقد أجاد المحقق الثانى فى شرحه: «بأنّ قوله: و الولاية على أولاده. ينبغى أن يُراد بالأولاد ما يعمّ أولاد الأولاد، ليندرج فى الوصية بالولاية وصية الجدّ بها.

و لما كانت «من» بياناً لقوله: «الذين له الولاية عليهم» كان فى العبارة قصوراً، من حيث إنّه لم يذكر السفهاء، مع أنّ الولاية ثابتة عليهم للأب و الجدّ له إذا كان السفه متصلاً بما قبل البلوغ، استصحاباً لما كان و استدامةً للحجر الثابت المستمرّ» (٣). فنقول: إنّ الوصية بالولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان و المجانين و السفهاء ثابتة ظاهراً.

ب- أركانها**إشارة**

و هى أربعة: الموصى، و الوصى، و الموصى فيه، و الصيغة. أمّا الموصى، فهو كلّ من له ولاية على مالٍ أو على أطفال أو مجانين أو سفهاء،

(١) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٢.

(٢) الروضة البهية ٥: ٦٦.

(٣) جامع المقاصد ١١: ٢٥٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٠١

شرعاً كالأب و الجدّ له.

و يشترط فى الموصى بالولاية أن تكون ولايته على الموصى عليه ثابتة بأصل الشرع، لامتناع الاستنابة و إثبات الولاية ممّن لا ولاية له. بيان آخر: لا بدّ أن تكون ولايته على الأطفال ابتداءً من الشارع لا بالتفويض من الآخر؛ بأن يكون أباً أو جدّاً. قال فى التذكرة: «الوصية بالولاية إنّما تصحّ من الأب أو الجدّ و إن علا، و لا ولاية لغيرهم من أخ، أو عمّ، أو خالٍ، أو جدّ لأمّ؛ لأنّ هؤلاء لا يكون أمر الأطفال إليهم، فكيف يثبت لهم ولاية؛ فإنّ الوصى نائبٌ عن «١» الموصى، فإذا كان الموصى لا ولاية له، فالموصى إليه أولى بذلك، و أمّا الأم فلا ولاية لها عندنا» (٢) و كذا فى غيرها» (٣).

و أمّا الوصى، فهو واضح لا يحتاج إلى بيان.

و أمّا الموصى فيه، فهو متعلّق الوصية بالولاية من التصرف فيما كان للموصى التصرف فيه، و منه الولاية على أولاده و النظر فى أموالهم و التصرف فيها بما لهم من المصلحة و الغبطة.

و أمّا الوصية بالولاية على تزويج الصغار، فاختلف فيها الأصحاب رضوان الله عليهم، و قد تقدّم التحقيق فيها فى باب الولاية على النكاح، فراجع.

و أما الصيغَةُ؛ فلا بدَّ فيها من إيجاب و قبول، و الإيجاب أن يقول الموصى: أوصيتُ إليك، أو فوّضتُ إليك أمور أولادى، أو أنت وصيّى فى التصرّف فى أموال أطفالى و القيام بمصالحهم.

(١) فى المصدر: على الموصى.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٠، الطبعة الحجرية.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٣، إرشاد الأذهان ١: ٤٥٧، جامع المقاصد ١١: ٢٦٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٠٢

و أمّا القبول، فلا يشترط أن يكون بالنطق، بل لو فعل بعده ما أوصى به إليه كان قبولاً، و لا يشترط وقوعه فى حياة الموصى كما فى التذكرة «١».

و يرى جمهور الفقهاء من أهل السنّة أنّ هذه الامور الأربعة تُعدُّ أركاناً كلّها «٢»، إلّا أنّ الأحناف يقصرون الركن فى الصيغَة، و ما عداه لوازم لها «٣».

إيضاح

لا بدّ فى الإيجاب من تفصيل متعلّق الوصية و بيان عمومها أو خصوصها، كأن يقول الموصى لشخص: أنت ولّيتُ و قيّم على أولادى القاصرين فى جميع الشئون المتعلقة بهم و جميع التصرفات فى امورهم. فهذه الوصية عامّة و مطلقة فى المسائل التى يتصرّف فيها عادةً لرعاية أمور الصبيّ؛ من حفظ نفوسهم و تربيتهم، و حفظ أموالهم و الإنفاق عليهم، و استيفاء ديونهم و وفاء ما عليهم من نفقات أو ضمانات أو غير ذلك من الجهات، جرياً على مقتضى عموم الوصية. و إذا قيّد الولاية لجهة دون جهة؛ بأن يقول له: أنت ولّيتُ على ولدى فى إدارة أمواله، أو فى إدارة شؤنه التربويّة، أو إدارة شؤنه الصحيّة أو غيرها، فإنّ على الوليّ الاقتصار على محلّ الإذن دون غيرها من الجهات. و لو جعل له النظر و التصرّف فى المال الموجود للطفل، لم يكن له النظر

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٠٨، الطبعة الحجرية.

(٢) الوجيز ١: ٤٦١، مغنى المحتاج ٣: ٧٤، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٤: ٤٢٢، الشرح الصغير للدردير مع بلغه السالك

٤: ٣١٦، كشاف القناع ٤: ٤١٨، عقد الجواهر الثمينه ٣: ٤٢٧، العزيز شرح الوجيز ٧: ٢٦٨.

(٣) ردّ المحتار ٦: ٦٥٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٠٣

فى متجدّات أمواله.

و لو أطلق له النظر فى ماله، دخل فيه المتجدّد.

قال فى القواعد: «و لو قال: أوصيتُ إليك و لم يقل: لتصرّف فى أموال الأطفال احتمال الاقتصار على مجرّد الحفظ و التصرّف» «١». و فى التذكرة: «لو قال: أوصيتُ إليك أو أقمّتك مقامى فى أمر أطفالى و لم يذكر التصرفات، اقتضى العرف انصرافه إلى الحفظ لأموالهم و التصرّف» «٢».

و قال بعض الأعلام: «لو أطلق و قال: فلان قيّم على أولادى. و لم يعين جهة خاصّة و تصرّفًا مخصوصاً، فظاهره ثبوت الولاية للقيم فى

جميع ما كان للموصى الولاية عليه في حال الحياة بالإضافة إلى أولاده الصغار ... منها: إيفاء ما عليهم، كأرش ما أتلّفوا من أموال الناس، نظراً إلى عدم اختصاص الأحكام الوضعية التي منها ضمان ما أتلّفه من مال الغير بالبالغين، و منها: إخراج الحقوق المتعلقة بأموالهم كالخمس؛ لأنه ليس مجرد تكليف، بل أمر وضعي ثابت بنحو الإشاعة، أو الكلي في المعين، أو غيرهما «٣»

(١) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٢.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٠٨، الطبعة الحجرية.

(٣) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٩٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٠٤

المبحث الثاني: ولاية الأب و الجدّ في الوصية بأموالهم

إشارة

لا خلاف بين الفقهاء في أنه يصح للأب و كذا الجدّ أن يوصى إلى شخص بأن يتولّى امور أولاده الصغار. قال الشيخ في النهاية: «إذا أمر الموصى الوصي أن يتصرف في تركته لورثته و يتجر لهم بها و يأخذ نصف الربح، كان ذلك جائزاً، و حلال له نصف الربح» «١».

و في المبسوط: «إن كان الأولاد صغاراً؛ فإنه يصح أن يوصى إلى من يلي عليهم؛ لأنه يملك التولية في حال الحياة، و كذلك له أن يستنيب من ينوب عنه بعد وفاته» «٢».

و به قال القاضي ابن البراج «٣».

و في الشرائع: «لا تصح الوصية بالولاية على الأطفال، إلّا من الأب أو الجدّ للأب خاصة، و لا ولاية للأب، و لا تصح منها الوصية عليهم، و لو أوصت لهم بمالٍ و نصبت وصياً، صح تصرفه في ثلث تركتها و في إخراج ما عليها من الحقوق، و لم تمض على الأولاد» «٤».

و به قال العلامة «٥» و الشهيدان «٦»

(١) النهاية للطوسي: ٦٠٨.

(٢) المبسوط للطوسي ٤: ٥٣.

(٣) المهذب لابن البراج ٢: ١١٨.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٥.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٣، تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٣٧ - ٣٨١، تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٠، الطبعة الحجرية، إرشاد الأذهان ١: ٤٥٧.

(٦) الدروس الشرعية ٢: ٣٢١، اللمعة الدمشقية: ١٠٦، الروضة البهية ٥: ٦٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٠٥

ففي المسالك: «لما كانت الولاية على الغير من الأحكام المخالفة للأصل؛ إذ الأصل عدم جواز تصرف الإنسان في مال غيره بغير إذنه... ووجب الاقتصار في نصب الولي على الأطفال على محلّ النّص أو الوفاق، و هو نصب الأب و الجدّ له» «١».

و اختاره أيضاً المحقق الثاني «٢». و كذا في الرياض «٣» و الجواهر «٤» و العروة مع تعليقات عدّة من الفقهاء «٥».

و في تحرير الوسيلة: «يجوز للأب مع عدم الجدّ و للجدّ للأب مع فقد الأب، جعل القيم على الصغار، و معه لا ولاية للحاكم، و ليس

لغيرهما أن ينصب القيم عليهم حتى الأم» (٦).
و كذا فى تفصيل الشريعة، و علله بقوله: «و ذلك لأنه على تقدير وجود الآخر تكون الولاية الشرعية له، و لا تصل النوبة إلى الحاكم فضلاً عن غيره» (٧) و غيرها (٨).
و بالجملة: أن المستفاد من الأخبار المستفيضة و سائر الأدلة أن للأب و الجد التصرف فى جميع شئون الأطفال الصالحة لهم، سواء كانت تلك الامور صالحة لهم فى حال حياة الأب و الجد أو فى حال مماتهما.

- (١) مسالك الأفهام ٦: ١٤٤.
 - (٢) جامع المقاصد ١١: ٢٦٤.
 - (٣) رياض المسائل ٦: ٢٩٩.
 - (٤) جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٧.
 - (٥) العروة الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء ٥: ٦٧٣.
 - (٦) تحرير الوسيلة ٢: ١٠١، كتاب الوصية مسألة ٥٤.
 - (٧) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٩٥.
 - (٨) الوصايا و الموارث، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢١: ٦١، مستند العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٤٢٧، مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩٠، مهذب الأحكام ٢٢: ١٧٢.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٠٦
و لا شك فى أن نصب القيم الثقة لإصلاح امورهم و تدبير شئونهم بعد موتهم من التصرفات الصالحة لهم، فلذلك يصح للأب و الجد من طرف الأب الوصية بذلك و تكون نافذة (١).

أدلة جواز الوصية بالولاية

و يمكن الاستدلال لجواز الوصية بالولاية بامور:
الأول: الإجماع، قال فى الجواهر: «و لا تصح الوصية بالولاية على الأطفال إلا من الأب أو من الجد للأب خاصة، الثابتة ولا يتهما عليهم زمن الحياة على وجه لهما الوصية بها نصاً و فتوى، بل إجماعاً بقسميه» (٢).
و حكاه عنه فى المستمسك (٣). و ادّعاه فى المهذب (٤). و مبانى المنهاج (٥).
و فى المسالك: أنه محلّ النصّ أو الوفاق (٦).
و قال السيد الخوئي: «هذا الحكم متسالم عليه، و لم ينسب الخلاف إلى أحد» (٧).
الثانى: السيرة، قال السيد الفقيه السبزواري: «هذا هو الذى يسمّى ب «القيم» عند المتشرعة، و تدلّ عليه السيرة المستمرة قديماً و حديثاً» (٨).

- (١) القواعد الفقهية للجنوردي ٦: ٢٥٣.
- (٢) جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٦ - ٢٧٧.
- (٣) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩٠.
- (٤) مهذب الأحكام ٢٢: ١٧٢.

(٥) مباني المنهاج ٩: ٣٤٩.

(٦) مسالك الأفهام ٦: ١٤٤.

(٧) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٤٢٧-٤٢٨.

(٨) مهذب الأحكام ٢٢: ١٧٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٠٧

و في مباني منهاج الصالحين: «إنَّ السيرة جارية على الوصية على اليتيم و جعل القيم له بلا إنكار من المتسرعة، و هذا آية الجواز» (١).
الثالث: النصوص الكثيرة و هي العمدة:

١- موثقة

□
محمد بن مسلم، و قد يعبر عنها بالصحيحة (٢) - التي رواها المشايخ الثلاثة- عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سُئِلَ عن رجل أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم، و أذن له عند الوصية أن يعمل بالمال، و أن يكون الربح بينه و بينهم، فقال: «لا بأس به، من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك و هو حيٌّ» (٣).

و هذا الحديث أوضح تعبير في الولاية الشرعية بالنسبة إلى الصغير من جهة وصية الأب؛ لأن مقتضى عموم التعليل عدم اختصاص الحكم بالمضاربة، و شموله لكل ما كان له التصرف فيه في حياته.

قال الإمام الخميني قدس سره: «دلت بتعليقها على أن إذن الأب موجب لصحة المعاملات الواقعة على مال الصغير؛ سواء كان في حال حياته؛ بأن يوكل من يعمل ذلك؛ أو كان بعد مماته بالإيصاء و الإجازة، فيظهر منها أن له التصرف... و أنه ولي الطفل، و أن تصرفاته نافذة؛ سواء كانت فيما ملكه الطفل حال حياته، أو فيما انتقل

(١) مباني منهاج الصالحين ٩: ٣٥٠.

(٢) لأنَّ المراد من أحمد بن محمد بن محمد هو العاصمي الكوفي، و علي بن الحسن هو ابن فضال، و الحسن بن علي هو الحسن بن علي بن يوسف، كما قال السيد البروجردى في الموسوعة الرجالية بترتيب أسانيد الكافي ١: ١٤٩.

و أمَّا المثنى بن الوليد، فقال الكشي: قال محمد بن مسعود: قال علي بن الحسن: سلام، و المثنى بن الوليد و المثنى عبد السلام كلهم حنّاطون، كوفيون، لا بأس بهم، اختيار معرفة الرجال، المعروف ب «رجال الكشي»: ٣٣٨ الرقم ٦٢٣، فلا وجه لما استشكل في مباني المنهاج من أن الرواية ضعيفة بحسن بن علي، مباني منهاج الصالحين ٩: ٣٤٩.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٠٨

إليه بعد مماته» (١).

٢- رواية

خالد بن بكير- التي رواها أيضاً المشايخ الثلاثة- قال: دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال: يا بني اقبض مال إخوتك الصغار و اعمل به، و خذ نصف الربح و أعطهم النصف، و ليس عليك ضمان، فقدمتني أم ولد أبي بعد وفاة أبي إلى ابن أبي ليلى، فقالت: إنَّ هذا يأكل أموال ولدي، قال: فاقترضت عليه ما أمرني به أبي، فقال لي ابن أبي ليلى: إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه، ثمَّ أشهد عليّ ابن أبي ليلى إنَّ أنا حرّكته فأنا له ضامن.

فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقصصت عليه قصتي، ثم قلت له: ما ترى؟

فقال: «أما قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع رده، و أمّا فيما بينك و بين الله- عزّ و جلّ فليس عليك ضمان» (٢).

فهذه الرواية من جهة الدلالة صريحة في الوصية على الولاية في مال اليتيم.

و أما سنداً، فقد استشكل عليه من جهة أن خالد بن بكير مجهول الحال، و لكن الأظهر أن في السند ابن أبي عمير و هو ممن اجمع على تصحيح ما يصح عنه، قال الشيخ في العدة: «محمد بن أبي عمير و صفوان بن يحيى و أحمد بن محمد بن أبي نصر و غيرهم من الثقات الذين عرفوا بأنهم لا يروون و لا يرسلون إلا ممن يوثق به» (٣) و أيضاً قصور سندها لو فرض كونها مجهولة مجبور بالشهرة العظيمة.

٣- صحیحہ

العيس بن القاسم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن اليتيم

(١) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٤٣٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، ح ٢.

(٣) عده الاصول ١: ٣٨٦-٣٨٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٠٩

متى يُدفع إليها مالها؟ قال: «إذا علمت أنها لا تفسد و لا تُضَيِّع»، فسألته إن كانت قد تزوجت؟ فقال: «إذا تزوجت فقد انقطع ملك الوصي عنها» (١).

و كذا مرسله محمد بن عيسى (٢)، و خبر سعد بن إسماعيل (٣).

و قال الشهيد رحمه الله (٤): «و في مكاتبه الصفار للعسكري عليه السلام (٥) دلالة ما على الجواز».

فرع

قال في تحرير الوسيلة: «يجوز جعل الولاية على الأطفال لاثنين فما زاد بالاستقلال و الاشتراك، و جعل الناظر على الوصي كالوصية بالمال» (٦).

و كذا في تفصيل الشريعة، و زاد: «و الأنسب التعبير بالقيم مكان الوصي» (٧).

آراء فقهاء أهل السنة في الوصية بالولاية

أ- الشافعية

يشترط عندهم في الوصية بالولاية على الأطفال أن تكون الولاية من جهة الشرع.

ففي المهذب للشيرازي: «من تثبت له الولاية في مال ولده و لم يكن له ولي

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٣٢ الباب ٤٥ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٢) نفس المصدر ١٣: ٤٣٥ الباب ٤٦ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٣) نفس المصدر ١٣: ٤٣٦ الباب ٤٧ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٤) الدروس الشرعية ٢: ٣٢٢.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٤٣٨ الباب ٥٠ من كتاب الوصايا ح ١.

(٦) تحرير الوسيلة ٢: ١٠٢، كتاب الوصية مسألة ٥٧.

(٧) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٩٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥١٠

بعده جاز له أن يوصى إلى من ينظر في ماله» (١).

و كذا في المجموع (٢) و البيان (٣).

و قال الماوردي: «إن كانت الوصية بالولاية على أطفال، اعتبر في الموصى بها ستة شروط، لا تصح الوصية منه إلا بها...

الخامس: أن يكون- الموصى- ممن يلي على الطفل في حياته بنفسه؛ لأنه يقيم الوصى مقام نفسه، فلم تصح إلا ممن قد استحق الولاية بنفسه، و ذلك في الوالدين دون غيرهم من الإخوة و الأعمام ... و إذا كان هكذا فالذى يستحق الولاية في حياته و يوصى بها عند وفاته هو الأب و آبائه» (٤).

و قال الرافعي: «أما- إن كانت الوصاية- في امور الأطفال، فيشترط مع ذلك أن يكون للموصى ولاية على الأطفال ابتداء من الشرع، لا بتفويض و شرط» (٥).

و به قال النووي (٦) و الخطيب الشربيني (٧).

ب- الحنفية

جاء في حاشية رد المحتار: «الولاية في مال الصغير للأب ثم وصيته، ثم وصى وصيته و لو بعد، فلو مات الأب و لم يوص فلولاية لأبى الأب، ثم وصيته، ثم وصى وصيته، فإن لم يكن للقاضي و منصوبه، و لو أوصى إلى رجل و الأولاد صغار و كبار فمات بعضهم و ترك ابناً صغيراً- فوصى الجد وصى لهم- يصح بيعه عليه، كما

(١) المهذب للشيرازى ١: ٤٤٩.

(٢) المجموع شرح المهذب ١٦: ٢٩٨.

(٣) البيان ٨: ١٤٩.

(٤) الحاوى الكبير ١٠: ١٩٠.

(٥) العزيز شرح الوجيز ٧: ٢٧٢.

(٦) روضة الطالبين ٥: ٣٧٤.

(٧) مغنى المحتاج ٣: ٧٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥١١

صح على أبيه في غير العقار» (١)، و كذا في تبين الحقائق (٢).

و قال السمرقندى: «ثم وصى الأب أولى من الجد، فإن لم يكن فالجد، ثم وصى الجد، فإن لم يكن فالقاضي و وصى القاضي» (٣).

و فى المبسوط: «إذا أوصى إلى رجل بماله فهو وصى فى ماله و ولده و سائر أسبابه عندنا» (٤).

و كذا فى مختصر اختلاف العلماء (٥).

ج- الحنابلة

تصح عندهم الوصية بالولاية على الأطفال للأب.

ففى كشاف القناع: «فأما الوصية بالنظر إلى ورثته فى أموالهم، فإن كان الموصى ذا ولاية عليهم فى المال كأولاده الصغار و المجانين و من لم يعلم رشده منهم، فله أن يوصى إلى من ينظر فى أموالهم بحفظها و يتصرف لهم فيها بما لهم الحظ فيه، لقيام وصية مقامه»

«٦».

ولا ولاية على أموال الصغار عند الحنابلة إلا للأب و وصيه، و إذا سقطت الولاية من جهة القرابة فتثبت للسلطان و لا ولاية لغيرهم، و من ثبت له الولاية على مال ولده فله أن يوصى إلى من ينظر فيه، كما في الكافي في فقه أحمد «٧»

(١) حاشية رد المحتار ٦: ٧١٤.

(٢) تبيين الحقائق ٦: ٢١٣.

(٣) تحفة الفقهاء ٣: ٢٢٠.

(٤) المبسوط للسرخسي ٢٨: ٢٦.

(٥) مختصر اختلاف العلماء ٥: ٦٨.

(٦) كشف القناع ٤: ٤٨٤.

(٧) الكافي في فقه أحمد ٢: ١٠٧ و ٢٦٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥١٢

و كذا في المقنع «١» و المبدع «٢» و الإقناع «٣» و الفروع «٤» و منتهى الإرادات «٥» و الإنصاف «٦».

د- المالكية

جاء في حاشية الخرشى: إن الوصية على الأولاد و إقامة من ينظر في حالهم مختص بالآباء لا بغيرهم من الأقارب من الأجداد و الإخوة... لكن بشرط أن يكون الأب رشيداً. أمّا الأب المحجور عليه؛ فإنه لا يوصى على ولده؛ إذ لا نظر له عليه، و كذا لو بلغ الصبي رشيداً ثم حصل له السفه، فليس للأب الإيضاء عليه و إنما الناظر له هو الحاكم «٧». و كذا في المدونة الكبرى «٨» و بلغة السالك «٩» و حاشية الدسوقي «١٠» و مواهب الجليل «١١» و غيرها «١٢».

إيضاح

قال في تحرير الوسيلة: «يشترط في القيم على الأطفال ما اشترط في الوصي على المال، و الأحوط اعتبار العدالة، و إن كان الاكتفاء بالأمانة و وجود المصلحة»

(١) المقنع: ١٧٩.

(٢) المبدع ٦: ١٠٦.

(٣) الإقناع ٣: ٨٠.

(٤) الفروع ٤: ٥٣٩.

(٥) منتهى الإرادات ٣: ٤٩٧.

(٦) الإنصاف ٧: ٢٨٠.

(٧) حاشية الخرشى ٨: ٥٠٣.

(٨) المدونة الكبرى ٦: ١٦-١٧.

(٩) بلغة السالك على الشرح الصغير ٤: ٣٣٢.

(١٠) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٤: ٤٥٢.

(١١) مواهب الجليل مع التاج و الإكليل ٨: ٥٥٥.

(١٢) عقد الجواهر الثمينه ٣: ٤٢٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥١٣

ليس ببعيد» (١).

و أوضحه فى تفصيل الشريعة بقوله: «لأنّ مرجع الأول- أى اعتبار ما اشترط فى الوصيّ على المال- فى صورة كون النصب من قبل الأب أو الجدّ للأب مع انتفاء الآخر إلى نوع وصيّته؛ لأنّ القيمومة هى الوصاية على الأطفال فى مقابل الوصيّ على المال، فلا معنى لاحتمال كونه أهون منه- إلى أن قال:- و لعلّ الوجه فى عدم اشتراط العدالة أنّ اعتبار العدالة التى هى مرتبة تالية من العصمة فى الوصيّ و القيم يوجب الوقوع فى الحرج الشديد، و عدم تحقق الوصيّ و القيم فى كثير من الموارد؛ لقلّة من كان واجداً لصفة العدالة، و كثرة الافتقار إلى الوصيّ أو القيم، فاللازم التوسعة بمقدار الوثاقه كما لا يخفى، مضافاً إلى أنّه لا دليل على اعتبار العدالة... و لذا نفى البعد عن الاكتفاء بالوثاقه فى الوصيّ و الأمانة و وجود المصلحه فى القيم،... و يؤيده أنّه ربما لا يكون العادل حاضراً بقبول الوصاية أو القيمومة» (٢). و سيأتى فى هذا الفرع زيادة توضيح فى المبحث العاشر من هذا الفصل.

(١) تحرير الوسيلة ٢: ١٠١، كتاب الوصية مسألة ٥٥.

(٢) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٩٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥١٤

المبحث الثالث: ولاية الوصيّ فى المقام

إشارة

من لم تكن ولايته ثابتة بأصل الشرع «١» كوصيّ الأب أو الجدّ، هل يجوز إذا حضرته الوفاة أن يوصى إلى غيره بالولاية على الأطفال و أموالهم أم لا؟
يتصوّر فى المسألة ثلاث صور:

الاولى: لو أذن الموصى الأول- الأب أو الجدّ- للوصيّ أن يوصى إلى غيره أو أمره بذلك، فتصحّ هذه الصورة بلا خلاف، بل إجماعاً كما فى الشرائع «٢» و التحرير «٣» و الجواهر «٤» و الحدائق «٥» و غاية المراد «٦» و الرياض «٧»، و ادّعاها أيضاً الشيخ الأعظم «٨».

أدلة الصورة الاولى

و يمكن أن يستدلّ لحكم الصورة الأولى بوجوه:

الأول: الإجماع كما تقدّم

الثانى: ما ورد عنهم عليهم السلام فى باب وجوب إنفاذ الوصية الشرعية على وجهها و عدم جواز تبديلها:

(١) كالأب و الجدّ؛ فإنّ ولايتهما فى جميع الامور ثابتة بأصل الشرع، بخلاف الوصيّ؛ فإنّه نائب و مفوض إليه القيام بالامور بحسب الاستتابة و التفويض. م ج ف.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

(٣) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٨٢.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.

(٥) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٨٧.

(٦) غايه المراد ٢: ٥٠٣.

(٧) رياض المسائل ٦: ٢٩٠.

(٨) الوصايا و الموارث، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢١: ١٣١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥١٥

منها: صحيحة

محمد بن مسلم - التي رواها المشايخ الثلاثة - قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل أوصى بماله في سبيل الله؟ قال: «أعطه لمن أوصى له به و إن كان يهودياً أو نصرانياً، إن الله - عز و جل - يقول: (فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأِنَّمَا إِنَّهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ) (١) «(٢)». و وجه الاستدلال بالصحيحة: أن الإمام عليه السلام علل إنفاذ الوصية و عدم جواز تغييرها بقول الله عز و جل، و مقتضى عموم هذه العلة أن الوصي لو لم يوص بعد موته إلى الغير، و قد أمره الموصى بذلك، فقد بدل الوصية فإنما إثم عليه (٣).

و منها: معتبرة

علي بن مهزيار قال: كتب أبو جعفر عليه السلام إلى جعفر و موسى:

«و فيما أمرتكما من الإسهاد بكذا و كذا نجاهة لكما في آخرتكما، و إنفاذ لما أوصى به أبواكما، و بر منكما لهما، و احذرا أن لا تكونا بدلتما وصيتهما، و لا - غيرتماها عن حالها؛ لأنهما قد خرجا عن ذلك رضى الله عنهما، و صار ذلك في رقابكما، و قد قال الله - تبارك و تعالى - في كتابه في الوصية: (فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأِنَّمَا إِنَّهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ) (٤)». أ لا ترى أن الإمام عليه السلام حذرهما من أن يبدلا وصية أبواهما، و أن يغيرا من حالها، و استشهد بقول الله عز و جل، و هذه العلة موجودة في مسألتنا هنا.

و منها: حسنة

علي بن يقطين - التي رواها أيضاً المشايخ الثلاثة - قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى إلى امرأة و شرك في الوصية معها صبياً؟ فقال:

«يجوز ذلك و تمضى المرأة الوصية، و لا تنتظر بلوغ الصبي، فإذا بلغ الصبي

(١) سورة البقرة ٢: ١٨١.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٤١١ الباب ٣٢ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٣) هذا البيان يدل على وجوب إيصاء الوصى، مع أن الرواية إنما هي دالة على الوصية بالمال فقط. م ج ف.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٤١٢ الباب ٣٢ من كتاب الوصايا، ح ٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥١٦

فليس له أن لا يرضى إلّا ما كان من تبديل أو تغيير؛ فإن له أن يردّه إلى ما أوصى به الميت (١).

فإنها أيضاً تدل على عدم جواز تبديل الوصية و تغييرها عمّا أوصى به الميت.

و لعل يشعر بذلك إطلاق نصوص وردت في باب جواز الوصية للوارث (٢)؛ فإن إطلاقها يشمل وصية الأب أو الجد للوصي أن يوصى إلى غيره حين الوفاة.

إلّا أنّ الظاهر ورود هذه الأحاديث لبيان حكم جواز الوصية بالمال للوارث، فتكون هذه النصوص بالنسبة إلى مورد النزاع من جواز وصية الوصي إلى الغير أجنبية.
و منها: مكاتبة الصّغار الآتية فحوى أو منطوقاً على ما فهمه جماعة «٣».

عدم جواز الوصية بالولاية:

الصورة الثانية: أنّه إذا نهى الموصى الوصي و منعه أن يوصى إلى الغير بالولاية على أولاده، فالمشهور بين المتقدمين و المتأخرين شهرة عظيمة كادت أن تكون إجماعاً - كما ادّعاء في غاية المراد «٤» و الرياض «٥» - عدم صحّة الوصية.
قال المفيد رحمه الله: «و ليس للوصي أن يوصى إلى غيره إلّا أن يشترط له ذلك الموصى، فإن لم يشترط له ذلك لم يكن الإيضاء (الإمضاء خ ل) في الوصية، فإن مات كان الناظر في امور المسلمين يتولّى إنفاذ الوصية على حسب ما كان يجب

- (١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٣٩ الباب ٥٠ من كتاب الوصايا، ح ٢.
- (٢) نفس المصدر ١٣: ٣٧٣ الباب ١٥ من كتاب الوصايا.
- (٣) نفس المصدر ١٣: ٤٣٨ الباب ٧٠ من كتاب الوصايا، ح ١.
- (٤) غاية المراد ٢: ٥٠٣.

شيرازي، قدرت الله انصاري و پژوهشگران مركز فقهی ائمه اطهار عليهم ا، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ٤ جلد، مركز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٩ ه ق موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها؛ ج ٢، ص: ٥١٦
(٥) رياض المسائل ٦: ٢٩٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥١٧

على الوصي أن ينفذها، و ليس للورثة أن يتولّوا ذلك بأنفسهم. و إذا عدم السلطان العادل - فيما ذكرناه من هذه الأبواب - كان لفقهاء أهل الحقّ العدول من ذوى الرأى و العقل و الفضل أن يتولّوا ما تولّاه السلطان، فإن لم يتمكّنوا من ذلك فلا تبعه عليهم فيه «١». و تبعه أبو الصلاح «٢» و ابن إدريس «٣» و اعتمد عليه العلّامة «٤».

و فى غاية المراد: «الموصى إمّا أن يمنع الوصي من الإيضاء، فلا يجوز إجماعاً، أو يأمره به، فيجوز إجماعاً» «٥».
و به قال سلّار «٦» و ابنا زهرة «٧» و حمزة «٨» و الفاضلان «٩» و الشهيدان «١٠» و كذا فى المهذب البارع «١١» و جامع المقاصد «١٢» و الحدائق «١٣» و الجواهر «١٤» و مستمسك العروة «١٥» و غيرها «١٦»

(١) المقنعة: ٦٧٥ - ٦٧٦.

(٢) الكافي فى الفقه: ٣٦٦.

(٣) السرائر ٣: ١٨٥ و ١٩١ - ١٩٢.

(٤) مختلف الشيعة ٦: ٣٥٤.

(٥) غاية المراد ٢: ٥٠٣.

(٦) المراسم العلوية: ٢٠٧.

(٧) غنية النزوع: ٣٠٦.

(٨) الوسيلة: ٣٧٣.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧، المختصر النافع: ١٩١، تذكرة الفقهاء ٢: ٥٠٩، الطبعة الحجرية، مختلف الشيعة ٦: ٣٥٤، إرشاد الأذهان ١: ٤٦٤، قواعد الأحكام ٢: ٥٦٣.

(١٠) الدروس الشرعية ٢: ٣٢١، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٣، الروضة البهية ٥: ٦٦.

(١١) المهذب البارع ٣: ١٢١.

(١٢) جامع المقاصد ١١: ٢٦٥.

(١٣) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٨٧.

(١٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.

(١٥) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩٢.

(١٦) العروة الوثقى مع تعليقات الشيخ الفقيه الفاضل اللكراني ٢: ٧٧٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥١٨

و يمكن أن يستدل على إثبات هذا الحكم أولًا: بالإجماع كما تقدم.

و ثانيًا: بأن ولاية الوصي تابعة لاختيار الموصى، و المفروض أنه نهاه عنها.

و ثالثًا: بأن الأصل عدم جواز تسليط الغير على الأطفال و أموالهم إلا ما خرج بالدليل، و المفروض عدم وجود دليل في المقام.

إطلاق الوصية

الصورة الثالثة: أن يطلق الموصى الوصية؛ بأن لم يأذن للموصى أن يوصى إلى غيره بعد موته و لم يمنعه بل سكت عن ذلك، فهل يجوز للموصى في هذا الفرض أن يوصى بالولاية على الأطفال أم لا؟ قولان:

القول الأول- و هو الحق- ما هو المشهور، و عليه أكثر أصحابنا المتأخرين بل عامتهم: أنه لا يجوز ذلك.

قال المفيد رحمه الله: «و ليس للموصى أن يوصى إلى غيره إلا أن يشترط له ذلك الموصى، فإن لم يشترط له ذلك لم يكن له الإيضاء (الإمضاء خ ل) في الوصية» (١).

و تبعه أبو الصلاح (٢) و ابن إدريس (٣) و اختاره الفاضلان (٤) و المحقق و الشهيد الثانيان (٥) و الشيخ الأعظم (٦)

(١) المقنعة: ٦٧٥.

(٢) الكافي في الفقه: ٢٣٥ و ٣٦٦.

(٣) السرائر ٣: ١٨٥ و ١٩١-١٩٢.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧، المختصر النافع: ١٩١، قواعد الأحكام ٢: ٥٦٣، تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٨٢، مختلف الشيعة ٦: ٣٥٤، إرشاد الأذهان ١: ٤٦٤، تذكرة الفقهاء ٢: ٥٠٩، الطبعة الحجرية.

(٥) جامع المقاصد ١١: ٢٦٥، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٤، الروضة البهية ٥: ٦٦.

(٦) الوصايا و المواريث، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢١: ١٣١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥١٩

و كذا في الحدائق (١) و الرياض (٢) و العروة (٣) و المستمسك (٤).

و يمكن الاستدلال لهذا القول بامور:

الأول: عدم دليل الشرعي لولاية الوصيّ على الأطفال بعد الموت، فكيف يصحّ له جعلها لغيره؟ إذ الفرض عدم ظهور عبارة الموصى في ذلك كما في الجواهر «٥» و المستمسك «٦».

الثاني: المتبادر من الاستنباط في التصرف، و هو تصرف الوصي بنفسه. أمّا تفويض التصرف إلى غيره فلا دليل عليه «٧».

الثالث: الاقتصار في التصرف في مال الغير - الممنوع منه - على مورد الإذن كما في الرياض «٨».

و في المختلف: «لنا: الأصل سقوط ولايته بعد موته، و عدم جواز تسليط الغير على الأطفال.

و لأنّ ولايته تتبع اختيار الموصى، و هو مقصور عليه، إذ التقدير ذلك، فالتخطي منافٍ لمقتضى الوصية» «٩». و كذا في غاية المراد

«١٠»

(١) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٨٨.

(٢) رياض المسائل ٦: ٢٩١.

(٣) العروة الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء ٥: ٦٧٣.

(٤) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩١.

(٥) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.

(٦) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩١.

(٧) جامع المقاصد ١١: ٢٦٥، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٣، الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٨٨.

(٨) رياض المسائل ٦: ٢٩١.

(٩) مختلف الشيعة ٦: ٣٥٤.

(١٠) غاية المراد ٢: ٥٠٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٢٠

جواز الوصية بالأولاد

القول الثاني: أنّه يجوز للوصيّ أن يوصي إلى الغير بالولاية على الأطفال و النظر في أموالهم و إن لم يأذن له الموصى. اختاره الشيخ في النهاية «١» و الخلاف «٢» و تبعه ابن البراج «٣»، و به قال أيضاً ابن الجنيد على ما حكى عنه في المختلف «٤». و استدلل لهذا القول بوجوه:

الأول: أنّ الموصى لما أقام الوصيّ مقام نفسه «٥» فيثبت للوصيّ من الولاية ما ثبت له، و من ذلك الاستنباط بعد الموت.

الثاني: أنّ الاستنباط من جملة التصرفات التي يملكها حيّاً بالعموم كما يملكها بالخصوص، فكذا الاستنباط بعد الموت «٦».

و اجيب عنه بمنع كون الاستنباط بعد الوفاة ممّا يملكها الوصيّ، و هل هو إلّا عين المتنازع فيه، فيكون مصادرةً، فإنّ رضا الموصى بتولية الوصيّ مباشرة لا يقتضى رضاه بفعل غيره؛ لاختلاف الأنظار و الأغراض في ذلك، و لأنّه لا يتبادر من إطلاق الوصية إلّا تصرف الوصيّ بنفسه، و أنّ الموصى لم يقدّم الوصيّ مقام نفسه مطلقاً حتّى في نصب وليّ بعده على الطفل، بل أقامه في التصدي لأفعال الطفل مباشرةً، من دون أن يكون له حقّ نصب وليّ بعده، و إنّما يحمل اللفظ عند إطلاقه

(١) النهاية للطوسي: ٦٠٧.

(٢) الخلاف ٤: ١٦٢.

(٣) المهدَّب ٢: ١١٧.

(٤) مختلف الشيعة ٦: ٣٥٤.

(٥) نعم إنَّه أقام مقام الموصى بنصب الوصى، فدائرتها إنَّما هي محدودة بما حدَّده الموصى. و بالجملة: أنَّ الوصاية كالوكالة، فكما أنَّه ليس للوكيل توكيل الغير و إن أقام مقام الموكل، فكذلك الوصى. م. ج. ف.

(٦) جامع المقاصد ١١: ٢٦٥، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٣، الروضة البهية ٥: ٦٦، جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٢١

على المتبادر منه، و بموته يسقط التصرف بالباشرة، و تفويض التصرف إلى غيره يحتاج إلى دليل «١».

و قال الشهيد فى غاية المراد فى بيان الاستدلال للقول الثانى: بأنَّه «يجوز للوصى أن يوكل غيره فى التصرف فى أموال الطفل و شؤنه، فكذا الإيضاء:

و لأنَّ الوصى ملك ما ملكه الجد من التصرف، فكما جاز للجد الإيضاء فكذا له.

و أجاب بأنَّنا لا نسلم أنَّه ملك ما ملكه الجد، سلّمنا، لكن ملكه فى الحياة فلمَ قلتم ببقائه مع انقطاعه بالوفاء» «٢».

الثالث: الاستدلال

بما رواه الصدوق و الشيخ رحمهما الله فى الصحيح، عن محمّد بن الحسن الصفّار، عن أبى محمّد عليه السلام أنَّه كتب إليه: رجل

كان وصى رجل فمات و أوصى إلى رجل، هل يلزم الوصى وصية الرجل الذى كان هذا وصيته؟

فكتب عليه السلام: «يلزمه بحقه إن كان له قبله حقّ إن شاء الله» «٣».

و تقريب الاستدلال بها بأن يُقال: الظاهر أنَّ المراد بالحقّ هنا حقّ الإيمان «٤»، فكأنَّه قال: يلزمه إن كان مؤمناً وفاءً لحقه عليه بسبب

الإيمان؛ فإنَّه يقتضى معونة المؤمن و قضاء حوائجه، و من أهمّها إنفاذ وصيته «٥».

جاء فى الدروس: «فى مكاتبة الصفّار للعسكرى عليه السلام دلالة ما على الجواز» «٦»

(١) جامع المقاصد ١١: ٢٦٥، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٤، الروضة البهية ٥: ٦٦، الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٨٨، رياض المسائل ٦: ٢٩٢.

(٢) غاية المراد ٢: ٥٠٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٤٦٠ الباب ٧٠ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٤) و هذا التفسير مكابرة جدًّا. م ج ف

(٥) مختلف الشيعة ٦: ٣٥٤، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٤، جامع المقاصد ١١: ٢٦٥.

(٦) الدروس الشرعية ٢: ٣٢١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٢٢

و فى الجواهر: «أو أنَّ المراد، يلزم الوصى الثانى أن ينفذ وصية الموصى الأوّل بسبب حقه الذى على الوصى الثانى؛ لأنَّه كان له - أى

للأوّل عليه - أى على الوصى الثانى - حقّ من حيث الوصية، فيجب على الثانى إنفاذ كلّ حقّ على الأوّل. فينبغى قراءة «١» أن بفتح

الهمزة حتّى يكون منصوباً بنزع الخافض على الوجه الذى ذكرناه» «٢».

و يرد على الاستدلال بها: أنَّه يحتمل حمل الحقّ فيها على حقّ الوصية إلى وصى الأوّل، كما فى المختلف «٣» و جامع المقاصد «٤» و

المسالك «٥» و غيرها «٦».

بمعنى أنَّ الوصية تلزم الوصى الثانى بحقّ الأوّل «٧»، إن كان له أى للأوّل قبله، يعنى قبل الوصى الأوّل حقّ؛ بأن يكون قد أوصى إليه

و أذن له أن يوصى، فقد صار له قبله حقّ الوصية، فإذا أوصى بها لزم الثانى، و هذا الاحتمال إن لم يكن أرجح فلا أقلّ يكون

مساوياً، و مع هذا التردد في المراد و تعدد الاحتمال تكون الرواية في غاية الإجمال، يُرد علمها إلى أهلها، و به يسقط الاستدلال بها في هذا المجال.

بل في الرياض: أن الذي يظهر منها- بعد تعمق النظر فيها- كون المراد

(١) في المصدر قرءتها، و الأصح ما أثبتناه.

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٥.

(٣) مختلف الشيعة ٦: ٣٥٣.

(٤) جامع المقاصد ١١: ٢٦٥.

(٥) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٤.

(٦) الدروس الشرعية ٢: ٣٢١، غاية المراد ٢: ٥٠٤، الحقائق الناضرة ٢٢: ٥٨٨، جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٨.

(٧) و هذا المعنى هو الظاهر من الرواية، فكأنه قال: يلزم الوصي الثاني بحق الوصي الأول إن كان للأول قبل الإيصاء حق، و هذا الشرط بمعنى أن الوصي الأول كان مأذوناً من الموصى الأول بالنسبة إلى الإيصاء إلى الثاني فافهم، و بناءً على ذلك يكون أصل الجواز- أي جواز الإيصاء مع إذن الموصى- مفروغاً عنه، و إنما كان السؤال عن اللزوم و عدمه، و على هذا تكون الرواية ظاهرة الدلالة و لا إجمال فيها. م ج ف.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٢٣

بالسؤال أن الوصي أوصى إلى الغير فيما يتعلق به و جعله وصياً لنفسه، فهل تدخل في هذه الوصية وصية الموصى الأول، فيلزم الوصي الثاني العمل بها أيضاً، أم لا؟

فكتب عليه السلام الجواب بما مضى، فلا وجه للاستدلال بها أيضاً؛ لكونها على هذا التقدير مجملة، و مقتضاها حينئذٍ أنه إن كان للموصى الأول قبله- أي الموصى الثاني- حق من جهة وصيته إليه بالإيصاء لزمه الوفاء به، و إلا فلا، و يكون المراد بالحق حق التوصية إلى الوصي الثاني؛ بأن صرح له بالوصية فيرجع حاصل الجواب إلى أن وصية الأول لا تدخل في إطلاق وصية الموصى الثاني إلا أن يصرح به، و هو كما ترى غير مورد النزاع» (١).

على هذا لا بد من الأخذ بمقالة المشهور من عدم جواز إيصاء الموصى الثاني إلا بإذن صريح من الموصى الأول.

آراء فقهاء أهل السنة في الوصية بالولاية من الوصي

الظاهر أنه لا خلاف بينهم في أنه إذا أوصى الأب إلى رجل، و أذن له أن يوصى إلى من يشاء، صح له أن يوصى إلى من شاء؛ لأنه رضى باجتهاده و اجتهاد من يراه، فصح كما وصى إليهما معاً.

و أما إن أوصى إليه و أطلق، فعندهم قولان:

قال مالك و أبو حنيفة: صح له أن يوصى إلى من يشاء، بأن يتولى أمور الصغار، و لكن الشافعية و الحنابلة قالوا بأنه ليس له الإيصاء إلا أن يؤذن له.

فإليك نص كلماتهم:

قال في المقنع: «و ليس للموصى أن يوصى إلا أن يجعل ذلك إليه» (٢)

(١) رياض المسائل ٦: ٢٩٢، جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٥-٤٢٦.

(٢) المقنع: ١٧٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٢٤

و فى المغنى و الشرح الكبير: «إذا أوصى إلى رجل و أذن له أن يوصى إلى من يشاء نحو أن يقول: أذنت لك إلى أن توصى إلى من شئت ... صح ... و هذا قول أكثر أهل العلم. و حكى عن الشافعى فى أحد قوليه أنه قال: ليس له أن يوصى؛ لأنه يلى بتوليّه، فلا يصح أن يوصى كالوكيل.

و لنا: أنه مأذون فى الإذن فى التصرف، فجاز له أن يأذن لغيره كالوكيل إذا أمر بالتوكيل ... فأما إن أوصى إليه و أطلق فلم يأذن له و لم ينه عنه، ففيه روايتان:

إحداهما: له أن يوصى إلى غيره، و هو قول مالك و أبى حنيفة و الثورى و أبى يوسف، لأن الأب أقامه مقام نفسه، فكان له الوصية كالأب.

و الثانية: ليس له ذلك ... و هو مذهب الشافعى و إسحاق «... ١».

و فى الكافى: «إذا أوصى إلى رجل و جعل له أن يوصى إلى من شاء جاز، و له أن يوصى إلى من شاء من أهل الوصية، لأنه رضى باجتهاده و ولاية من ولّاه، و إن نهاه عن الإيضاء لم يكن له أن يوصى، كما لو نهى الوكيل عن التوكيل، و إن أطلق ففيه روايتان: إحداهما: له أن يوصى؛ لأنه قائم مقام الأب فملك ذلك كالأب.

و الثانية: ليس له ذلك ... لأنه يتصرف بالتولية، فلم يكن له التفويض من غير إذن فيه كالوكيل «... ٢».

و قال فى المبدع- فى شرح كلام الماتن فى المقنع: و ليس للوصى أن يوصى:-

«إذا أطلق على المذهب؛ لأنه قصر فى توليته فلم يكن له التفويض كالوكيل، إلما أن يجعل ذلك إليه «... ٣» و مثل بما مرّ فى كلام المغنى. و مثل ذلك فى منتهى الإرادات «٤»

(١) المغنى: ٥٧٤-٥٧٥، و الشرح الكبير: ٥٨٨ / ٦.

(٢) الكافى فى فقه الإمام أحمد ٢: ٢٩٢.

(٣) المبدع فى شرح المقنع ٦: ١٠٥.

(٤) منتهى الإرادات ٣: ٤٩٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٢٥

و الإنصاف «١» و كشاف القناع «٢» و الإقناع «٣».

و فى المهذب: «و لا يجوز- أى للوصى- أن يوصى إلى غيره؛ لأنه يتصرف بالإذن فلم يملك الوصية كالوكيل «... ٤».

و فى البيان: «و إن أوصى إلى رجل و لم يأذن الموصى للوصى أن يوصى، فللوصى أن يتصرف ما عاش، و ليس له أن يوصى إلى غيره به، و به قال الأوزاعى و أحمد و إسحاق. و قال الثورى و مالك و أبو حنيفة و أصحابه: للوصى أن يوصى «... ٥».

و كذا فى الوجيز «٦» و مغنى المحتاج «٧» و منهاج الطالبين «٨» و غيرها «٩»

(١) الإنصاف ٧: ٢٧٨.

(٢) كشاف القناع ٤: ٤٨٣.

(٣) الإقناع ٣: ٧٩.

(٤) المهذب فى فقه الإمام الشافعى ١: ٤٦٤.

- (٥) البيان فى مذهب الإمام الشافعى ٨: ٣١٠-٣١١.
- (٦) الوجيز ١: ٤٦١.
- (٧) مغنى المحتاج ٣: ٧٦.
- (٨) منهاج الطالبين ٢: ٣٧٧.
- (٩) روضة الطالبين ٥: ٣٧٥، العزيز شرح الوجيز ٧: ٢٧٣، تكملة البحر الرائق ٩: ٣٢٠.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٢٦

المبحث الرابع: عدم ولاية الحاكم على الوصية بالولاية

إشارة

الظاهر أنه لا خلاف بين الفقهاء فى أنه لا ولاية للحاكم على الوصية بالولاية على الأطفال بعد وفاته.

ففى الشرائع: «لا تصح الوصية بالولاية على الأطفال إلّا من الأب و الجدّ للأب خاصّة» (١).

وقال فى المسالك: «لما كانت الولاية على الغير من الأحكام المخالفة للأصل، إذ الأصل عدم جواز تصرف الإنسان فى مال غيره بغير إذنه أو فى معناه» (٢)، وجب الاقتصار فى نصب الولي على الأطفال على محلّ النصّ أو الوفاق؛ و هو نصب الأب و الجدّ له، فلا يجوز للحاكم- و إن كان ولياً عليهم- أن ينصب بعده عليهم ولياً؛ لأنّ ولايته مقصورة عليه حياً، و إذا مات ارتفع حكمه و إن جاز له أن يوكل حياً عليهم؛ لأنّ له الولاية حينئذٍ» (٣). و كذا فى الجواهر (٤).

و فى العروة: «لا يصحّ ذلك- أى الوصية بالولاية على الأطفال- لغيرهما- أى الأب و الجدّ- حتّى الحاكم الشرعى؛ فإنّه بعد فقدهما له الولاية عليهم ما دام حياً،

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٥.

(٢) و جاء فى ذيل رواية الاحتجاج: «فلا يحلّ لأحد أن يتصرف فى مال غيره بغير إذنه». و سائل الشيعة ٦: ٣٧٧ الباب ٣ من أبواب الأنفال، ح ٦.

(٣) مسالك الأفهام ٦: ١٤٤.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٢٧

و ليس له أن يوصى بها لغيره بعد موته، فيرجع الأمر بعد موته إلى الحاكم الآخر» (١). و أضاف فى المستمسك: «بلا خلاف ظاهر» (٢).

أدلة عدم جواز الوصية بالولاية للحاكم

و يمكن الاستدلال لهذا الحكم بأمور:

الأول: ما ذكره فى الجواهر: من أنه لا تصحّ الوصية بالولاية على الأطفال من الحاكم؛ لأنّه تثبت ولايته عليهم من حيث الحكومة منهم عليهم السلام المقيدة بزمان الحياة، فهو شبيه الوكيل عن الإمام عليهم السلام بالنسبة إلى ذلك، فينزل بالموت (٣).

الثانى: عدم الدليل على ولاية الحاكم بعد الموت، فكيف يصحّ له جعلها لغيره؟ لأنّ العمدة فى الأدلة على ولاية الحاكم مقبولة ابن

حظلة «٤» المتضمنة جعل الحاكم الشرعى حاكماً، الموجبة لثبوت أحكام الحكام له، و منها تولّى الأيتام و شؤونهم، و لم يثبت أنّ للحاكم ولاية نصب الولي بعده، فالمرجع أصالة عدم ترتيب الأثر، كما أشار إليه فى المستمسك «٥».

الثالث: قصور أدلّة ولاية الحاكم الشرعى عن إثبات ولايته على الوصية إلى غيره بالولاية بعد وفاته؛ لأنها إنّما تثبت له من باب كون الفعل ممّا لا بدّ من تحقّقه فى الخارج و يرغب الشارع فى حصوله، و هو يحتاج إلى من يقوم به، و القدر

(١) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٦٧٣-٦٧٥.

(٢) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٧.

(٤) الكافى ١: ٦٧ ح ١٠، تهذيب الأحكام ٦: ٣٠١ ح ٨٤٥، الفقيه ٣: ٥، وسائل الشيعة ١٨: ٧٥ الباب ٩ من أبواب صفات القاضى، ح ١.

(٥) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٢٨

المتيقّن منه هو الحاكم الشرعى؛ فإنّه يختصّ بحال حياته، و ما دام حاكماً شرعياً، فلا يشمل إيصاءه لغيره بالولاية بعد مماته «١».

الرابع: ما ذكره السيد الفقيه السبزوارى من «أنّه مع وجود حاكم شرعى آخر لا يتحقّق موضوع الوصاية أصلاً؛ لأنّ ولاية حكام الشرع نوعيّة صنفية، لا أن تكون فردية شخصيّة، و حينئذٍ تكون وصاية من مات من الحاكم الشرعى مع وجود الآخر كوصاية كلّ واحد من الأب و الجدّ مع وجود الآخر، حيث إنّّه لا أثر لها» «٢».

و فى الجواهر ...: «بعد أن كان نصب القيمّ للصنف الذى ثبت فى حقّ الشخص باعتبار اندراج فيه، فإذا انعدم فرد قام مقامه فرد آخر ممّا حلّ فيه طبيعة الصنف الذى قد نصبه إمام الأصل، و لنحو ذلك لم يصحّ الوصية من الأب و الجدّ له بالولاية مع وجود الآخر» «٣».

فرع

جاء فى تعليقه الشيخ محمّد حسين كاشف الغطاء على العروة: «إذا نصب الحاكم قيماً على الأطفال تبقى ولايته عليهم و لو بعد موت الحاكم. نعم، لو نصب و كلاً سقطت و كالتة بموت موكله» «٤».

إيضاح

بحسب تتبعنا لم نظفر فى كلمات فقهاء أهل السنّة على رأى صريح فى هذه

(١) مستند العروة، كتاب النكاح ٢: ٤٢٩.

(٢) مهذب الأحكام ٢٢: ١٧٣.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٧.

(٤) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٦٧٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٢٩

المسألة و إن استفيد من إطلاق بعض كلماتهم: أنّه صحّ للحاكم الوصية بالولاية فى امور الأيتام، مثل قوله فى الكافى: «و من صحّ

تصرّفه فى المال صحّت وصيّته؛ لأنها نوع تصرّف» (١). و لكن يحتمل قوياً انصرافه عن الحاكم، و المقصود منه هو الأب و الجدّ و الامّ و ... الذين هم مقدّمون فى الولاية على الحاكم.

(١) الكافى فى فقه الإمام أحمد ٢: ٢٦٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٣٠

المبحث الخامس: عدم تولّى الامّ الوصية بالولاية

اشارة

لا خلاف بين الفقهاء- بل الإجماع بينهم- فى أنّه لا تلى الامّ للوصية بالولاية على الأطفال و إن لم يكن لهم أب و لا جدّ. قال الشيخ فى المبسوط: «امرأة لها أطفال، فأوصت إلى رجلٍ بالنظر فى أموال أطفالها، فمَن قال: لها الولاية بنفسها، قال: وصيتها إلى الأجنبيّ صحيحة؛ لأنها تلى بنفسها كما لو أوصى الأب إلى رجل، كذلك هى مثله، و عندنا أنّ الوصية تبطل؛ لأنها لا تملك شيئاً» (١).

و أشار إلى ذلك أيضاً فى الخلاف (٢).

و فى الشرائع: «لا تصحّ الوصية بالولاية على الأطفال إلّا من الأب أو الجدّ للأب خاصّة، و لا ولاية للامّ و لا تصحّ منها الوصية عليهم» (٣).

و قال العلّامة: «و ليس للامّ أن توصى على أولادها و إن لم يكن لهم أب و لا جدّ» (٤).

و فى التذكرة: «الوصية بالولاية إنّما تصحّ من الأب أو الجدّ للأب و إن علا، و لا ولاية لغيرهم من أخ أو عمّ أو خال أو جدّ لأمّ؛ لأنّ هؤلاء لا يكون أمر الأطفال إليهم فكيف يثبت لهم ولاية، فإنّ الوصى نائب عن الموصى (على الموصى خ ل) (٥) فإذا كان الموصى لا ولاية له فالموصى إليه أولى بذلك. و أمّا الامّ فلا ولاية

(١) المبسوط للطوسى ٤: ٥٥.

(٢) الخلاف ٤: ١٦٢.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٥.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٣.

(٥) فى المصدر: على الموصى، و الأولى: عن الموصى.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٣١

لها عندنا أيضاً» (١).

و كذا فى التحرير (٢) و المختلف (٣) و الإرشاد (٤) و الدروس (٥) و جامع المقاصد (٦) و الجواهر (٧) و العروة (٨). و به قال أيضاً الشيخ الأعظم (٩) و سادة الفقهاء الحكيم (١٠) و الخوئى (١١) و السبزوارى (١٢). و كذا فى الوسيلة (١٣) و تحريرها (١٤) و تفصيل الشريعة (١٥).

و قال الشهيد الثانى فى شرح كلام المحقّق: «هذا الحكم داخل فى السابق الدالّ على عدم صحّة الوصية عليهم لغير الأب و الجدّ له، و إنّما خصّ الامّ بالذكر بعد دخولها لإثبات ابن الجنيد (١٦) الولاية لها مع رُشدها بعد الأب، و هو شاذّ» (١٧).

- (١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٠، الطبعة الحجرية.
 - (٢) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٣٧، ٣٨١.
 - (٣) مختلف الشيعة ٦: ٣٦٨.
 - (٤) إرشاد الأذهان ١: ٤٥٧.
 - (٥) الدروس الشرعية ٢: ٣٢٣.
 - (٦) جامع المقاصد ١١: ٢٦٩.
 - (٧) جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٧.
 - (٨) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٦٧٥.
 - (٩) الوصايا و الموارث، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢١: ٦٢.
 - (١٠) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩٣.
 - (١١) مستند العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٤٢٩.
 - (١٢) مهذب الأحكام ٢٢: ١٧٣.
 - (١٣) وسيلة النجاة: ٥٦٨.
 - (١٤) تحرير الوسيلة ٢: ١٠١، كتاب الوصية مسألة ٥٤.
 - (١٥) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٩٥.
 - (١٦) مختلف الشيعة ٦: ٣٦٨.
 - (١٧) مسالك الأفهام ٦: ١٤٤.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٣٢
- و يدلّ على هذا الحكم الإجماع كما هو ظاهر كلام الشيخ «١» و العلامة «٢» و كذا الأصل بعد عدم دليل على ثبوت الولاية لها في عرض الأب و الجدّ أو في طولها «٣».

فرع

جاء في الشرائع: «و لو أوّصت - الامّ - لهم - أى للأطفال - بمالٍ و نصّيتُ وصيّاً، صحّ تصرّفه في ثلث تركتها و في إخراج ما عليها من الحقوق، و لم تُمضَ على الأولاد» «٤».

و قال العلامة: «و لو أوّصت لهم بمالٍ و نصّيتُ وصيّاً صحّت الوصية بالمال من ثلث تركتها، و بطلت الولاية على الأولاد» «٥». و كذا في الدروس «٦». و به قال الشيخ الأعظم «٧».

و في المسالك: «هذا الحكم واضح بعد ما سلف من عدم ولايتها عليهم. و تبه بتخصيصه على أنّ تبعض وصيتها - إذا اشتملت على امور بعضها سائغ و بعضها ممنوع - غير مانع من نفوذ المشروع منها، و حينئذٍ فتصحّ وصيتها لهم بالمال و لا يصحّ إيضاؤها، بل يبقى حكم المال الموصى به كسائر أموالهم يرجع فيه إلى وليّهم الخاصّ أو العامّ» «٨»

(١) المبسوط للطوسي ٤: ٥٤.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٠، الطبعة الحجرية.

(٣) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩٣، مستند العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٤٢٩، جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٧، مهذب الأحكام ٢٢: ١٧٣.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٥.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٣٧.

(٦) الدروس الشرعية ٢: ٣٢٣.

(٧) الوصايا و الموارث، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢١: ٦٢.

(٨) مسالك الأفهام ٦: ١٤٤-١٤٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٣٣

آراء فقهاء أهل السنة في الوصية بالولاية للام

إنهم في هذه المسألة على قولين:

الأول: ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الشافعية و الحنابلة و الحنفية من أنه لا تصح الوصية في أمر الأطفال للام.

ففي روضة الطالبين: «ليس لغير الأب و الجد الوصية في أمر الأطفال و لا للام» (١).

و في مختصر اختلاف العلماء: «لما لم يكن للام و الأخ ولاية في مال الصغير كذلك وصيتهما، و قد اتفقوا على أن وصيتهما لا يتصرف فيما لم يرثه الصغير عنهما» (٢).

و هكذا صرح في البيان: ب «أن الام لا ولاية لها بالنظر في مال ولدها» (٣) و كذا في مغنى المحتاج (٤) و كشف القناع (٥).

و قال ابن عابدين: «و أمّا وصي الأخ و الام و العم و سائر ذوى الأرحام ... لهم بيع تركه الميت لدينه أو وصيته ... لا بيع عقار الصغار؛

إذ ليس لهم إلا حفظ المال و لا الشراء للتجارة و لا التصرف فيما يملكه الصغير ... مطلقاً؛ لأنهم بالنظر إليه أجنب» (٦).

الثاني: ما ذهب إليه المالكية، فإنهم قالوا بصحة الوصية في أمر الأطفال للام بشروط ثلاثة ذكرت في كلماتهم.

ففي حاشية الخرشي: «إن الام يجوز لها أن توصى على الصغير بشروط ثلاثة:

(١) روضة الطالبين ٥: ٣٧٦.

(٢) مختصر اختلاف العلماء ٥: ٧١.

(٣) البيان في مذهب الشافعي ٨: ١٥٠.

(٤) مغنى المحتاج ٣: ٧٦.

(٥) كشف القناع ٤: ٤٨٤.

(٦) حاشية رد المحتار ٦: ٧١٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٣٤

الأول: أن يكون المال الموصى فيه قليلاً كستين ديناراً.

الثاني: أن لا يكون للصغير ولي و لا وصي.

الثالث: أن يكون المال موروثاً عن الام» (١).

و كذا في حاشية الدسوقي (٢) و بلغة السالك (٣) و مواهب الجليل (٤) و عقد الجواهر الثمينه (٥).

و جاء في المدونة الكبرى: «لا تجوز وصيتها في مال ولدها إذا كانوا صغاراً و لهم أب، فإن لم يكن لهم والد جازت وصيتها في مال

نفسها ... و أنّ مالكا يخفف ذلك و يجعله وصياً في الشيء اليسير ... و أمّا في الشيء الكثير فلا، و ينظر السلطان له في ذلك» (٦)

(١) حاشية الخرشى على مختصر خليل ٨: ٥٠٤.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤: ٤٥٢.

(٣) بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير ٤: ٣٣٣.

(٤) مواهب الجليل و التاج و الإكليل ٨: ٥٥٥ و ٥٥٦.

(٥) عقد الجواهر الثمينة ٣: ٤٢٨.

(٦) المدونة الكبرى ٦: ١٦-١٧ مع تصرف يسير.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٣٥

المبحث السادس: نصب القيم مع وجود الجدّ

إشارة

هل يجوز للأب نصب الوصيّ و القيم على ولده الصغير مع وجود الجدّ أم لا؟

أقوال:

الأول- و هو الأصحّ:- بطلان الوصية مطلقاً؛ بمعنى أنّه إذا أوصى الأب إلى الأجنبي تبطل وصيته بالنسبة إلى زمان كون الجدّ موجوداً و بعد موته أيضاً.

قال الشيخ في الخلاف: «لا يجوز- أي للأب- أن يوصى إلى أجنبي، بأن يتولّى أمر أولاده مع وجود أبيه، و متى فعل لم تصحّ الوصية؛ لأنّ الجدّ أولى به» (١).

و كذا في المبسوط (٢).

و في الشرائع: «و لو أوصى بالنظر في مال ولده إلى أجنبي و له أب، لم يصحّ، و كانت الولاية إلى جدّ اليتيم دون الوصيّ، و قيل: يصحّ ذلك في قدر الثلث ممّا ترك و في أداء الحقوق» (٣).

و به قال في التذكرة (٤) و التحرير (٥) و جعله أحد الاحتمالين في الدروس (٦).

و في المسالك: «أنّ ولاية الجدّ و إن علا على الولد مقدّمة على ولاية وصي الأب، فإذا نصب الأب وصياً على ولده المولّى عليه مع وجود جدّه للأب و إن علا لم يصحّ؛ لأنّ ولاية الجدّ ثابتة له بأصل الشرع، فليس للأب نقلها عنه و لا إثبات

(١) الخلاف ٤: ١٦١.

(٢) المبسوط للطوسي ٤: ٥٤.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٠، الطبعة الحجرية.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٨١.

(٦) الدروس الشرعية ٢: ٣٢٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٣٦

شريك معه. و معنى عدم صحتها أنها لا تقع ماضية مطلقاً» (١).

و كذا فى جامع المقاصد (٢) و الحدائق (٣). و ادعى فى الجواهر الإجماع عليه (٤) و اختاره فى العروة و كذا فى التعليقات عليها (٥).
و استظهره فى المستمسك من كلمات الأصحاب، حيث قال: «فالذى يظهر منهم المفروغية عن عدم صحة الوصاية للأجنبي مع معارضتها لولاية الجد» (٦).

و به قال فى الوسيلة (٧) و تحريرها (٨). و كذا فى تفصيل الشريعة (٩).

أدلة هذا الحكم

و يمكن أن يستدل على هذا بأمور:

الأول: الإجماع كما ادعاه فى الخلاف (١٠) و المبسوط (١١) و الجواهر (١٢).

الثانى: الأصل، قال فى المستمسك: «و هو مقتضى الأصل بعد قصور النصوص عن الإطلاق الشامل للصورة المذكورة، بل ذكرنا فى نهج الفقاهة» فى

(١) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٧.

(٢) جامع المقاصد ١١: ٢٦٨.

(٣) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٩٥.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٩.

(٥) العروة مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٦٧٣.

(٦) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩١.

(٧) وسيلة النجاة: ٢ / ١٥١.

(٨) تحرير الوسيلة ٢: ١٠٠ مسألة ٥٤.

(٩) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٩٥.

(١٠) الخلاف ٤: ٢ مسألة ٤٣.

(١١) المبسوط للطوسى ٤: ٥٤.

(١٢) جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٣٧

مبحث الولاية الإشكالي فى وجود إطلاق فى دليل ولاية الأب فى حال حياته فضلاً عن المقام. و عليه: فلا مجال للتأمل فى عدم الوصية بالولاية من الأب على الولد مع وجود الجد» (١).

و كذا فى الجواهر، و أضاف بأن «ما دل على ولاية الجد و الأب ممّا هو ظاهر فى انحصار أمر الطفل فيهما مع وجودهما أو أحدهما على وجه ينافيه ولاية أحدهما مع وصى الآخر» (٢).

الثالث: أن الأب لا ولاية له بعد موته مع وجود الجد و صلاحيته للولاية، فإذا انقطعت ولاية الأب بموته لم تقع ولاية وصيه، فإذا مات الجد افتقر عود ولاية الأب، - لتؤثر فى نصب الوصى - إلى دليل، إذ الأصل عدم عودها، فلا تصح فى حياة الجد و لا بعد موته، كما فى المسالك (٣) و جامع المقاصد (٤).

و قال السيد الفقيه الخوئى: «الأولى أن يستدل له بأن ولاية الأب و الجد بمقتضى دليلها ولاية مطلقه و غير مقيدة.

و من هنا لا ينسجم جعل الولاية لغيرهما مع وجود واحدٍ منهما في عرضه، حيث إن مقتضاه تقييد ولايته بعدم تصرف ذلك الغير قبل تصرفه.

فهو نظير ما ذكرناه في باب الأوامر من أن مقتضى إطلاق الأمر كونه تعييناً لا تخييرياً، باعتبار أن جعل البدل له ينافي إطلاقه. ففيما نحن فيه إطلاق الدليل ينافي كون الولي هو الجامع بين الباقي منهما و وصي الآخر، بل مقتضاه كون الباقي هو الولي لا غير» (٥)

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩١.

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٩.

(٣) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٧.

(٤) جامع المقاصد ١١: ٢٦٨.

(٥) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٤٢٨-٤٢٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٣٨

بطلان الوصية في زمان ولاية الجد

القول الثاني: بطلان الوصية في زمان ولاية الجد خاصة؛ بمعنى أنه لو أوصى الأب إلى أجنبي فإن ولايته تبطل ما دام الجد موجوداً، و بعد موت الجد تعود الولاية إلى الوصي؛ لأن ولاية الأب شاملة للأزمنة كلها إلّا زمان ولاية الجد، فيختص البطلان بزمان وجوده «١». كما هو الظاهر من كلام العلامة في القواعد، حيث قال: «و لا يجوز له نصب وصي على ولده الصغير أو المجنون مع الجد للأب، بل الولاية للجد، و في بطلانها مطلقاً إشكال. نعم، تصح في إخراج الحقوق» (٢).

و قد ظهر ممّا تقدّم جوابه؛ لأنّ انقطاع ولاية الأب بموته مع وجود الجد الصالح للولاية أمر معلوم، و عودها بعد موت الجد يحتاج إلى دليل. و دعوى أنّ ولاية الأب ثابتة في جميع الأزمان المستقبلية- التي من جملتها ما بعد زمان الجد- غير معلوم، بل هو محلّ البحث و النزاع كما لا يخفى، و إنّما المعلوم انقطاع ولايته بعد موته مع وجود الجد بعده لا ثبوتها بعد موت الجد «٣».

صحّة الوصية في الثلث

القول الثالث: أنه تصح وصية الأب للأجنبي مع وجود الجد في الثلث خاصة؛ لأنّ له إخراج الثلث عن الوارث، فيكون له إثبات ولاية غيره بطريق أولى.

اختاره الشيخ في موضع من المبسوط «٤». و استجاده العلامة في المختلف «٥»

(١) جامع المقاصد ١١: ٢٦٩، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٧، الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٩٤.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٣.

(٣) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٧، الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٩٤.

(٤) المبسوط للطوسي ٤: ٥٢.

(٥) مختلف الشيعة ٦: ٣٣٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٣٩

جاء فى المسالك: «و فيه منع الأولوية بل الملازمة؛ فإن إزالة الملك يقتضى إبطال حق الوارث منه أصلاً، و هو الأمر الثابت له شرعاً، و أمّا بقاؤه فى ملك الوارث؛ فإنه يقتضى شرعاً كون الولاية عليه لمالكه، أو وليه الثابت ولايته عليه بالأصله، فلا يكون للأب ولاية عليه بالنسبة إليه أصلاً» (١).

و كذا فى جامع المقاصد (٢) و الحدائق (٣) و الجواهر (٤).

هذا كله فى أمر الأطفال. و أمّا فى قضاء الديون و إخراج الحقوق و تنفيذ الوصايا، فيجوز للأب أن يوصى إلى غير الجد؛ إذ لا ولاية للجد هنا أصلاً و إن لم ينصب وصياً، فأبوه أولى بقضاء الديون و أمر الأطفال (٥).

قال الشهيد الثانى: «و اعلم أن قوله:- فى القول الأخير: إنها تصح فى أداء الحقوق - أجنبي من المسألة التى هى موضع النزاع؛ لأن موضوعها الوصية بالنظر فى مال ولده و له أب، لا وصيته فى ماله ليخرج منه الحقوق؛ فإن ذلك ثابت بالإجماع».

ثم قال: «و يمكن أن يفرض لجواز الوصية فى إخراج الحقوق فائدة، و هى: أن وصية الإنسان مع وجود أبيه فى إخراج الوصايا و إن كانت جائزة لكن لا تخلو من إشكال؛ لأن وصية الولد إنما تصح بما لا ولاية للأب فيه، و لهذا لم تصح الوصية على الأطفال مع وجود الأب.

و إذا كان كذلك فلو لم يوص الولد بقضاء الدين و إنفاذ الوصايا مع وجود أبيه

(١) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٧.

(٢) جامع المقاصد ١١: ٢٦٩.

(٣) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٩٥.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٩.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٠، الطبعة الحجرية، جامع المقاصد ١١: ٢٦٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٤٠

كان الأب أولى بذلك من غيره حتى الحاكم، كما هو أولى بالأطفال كما تبين عليه فى التذكرة (١) «٢».

آراء فقهاء أهل السنة فى نصب القيم مع وجود الجد

يستفاد من كلماتهم فى هذه المسألة أنهم على قولين:

الأول: ذهب الشافعية إلى أنه لا يجوز للأب أن يوصى إلى غيره فى أمر الأطفال مع وجود الجد.

ففى المهذب: «و إن كان له - أى للولد - جد لم يجز - للأب - أن يوصى إلى غيره؛ لأن ولاية الجد مستحقة بالشرع، فلا يجوز نقلها عنه بالوصية» (٣).

وفى البيان: «و إن كان للصغير جد من أبيه يصلح للنظر، فأوصى الأب إلى غير الجد كان الجد أولى بالنظر... لأنها ولاية يستحقها الجد بالقرابة، فكان مقدماً على وصى الأب، كولاية النكاح» (٤).

و كذا فى المجموع (٥) و مغنى المحتاج (٦) و روضة الطالبين (٧).

الثانى: أنه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية و الحنابلة و المالكية خلافاً للشافعية إلى أنه لا ولاية للجد، و قالوا بجواز وصاية الأب و لو كان الجد موجوداً بصفة الولاية.

(١) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٨.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٠، الطبعة الحجرية.

(٣) المهذب في فقه الإمام الشافعي ١: ٤٤٩.

(٤) البيان في مذهب الإمام الشافعي ٨: ١٤٩.

(٥) المجموع شرح المهذب ١٦: ٢٩٩.

(٦) مغنى المحتاج ٣: ٧٦.

(٧) روضة الطالبين ٥: ٣٧٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٤١

ففى الدرّ المحتار: «و وصىّ أبى الطفل أحقّ بماله من جدّه، و إن لم يكن وصيّيه فالجدّ»، و قال ابن عابدين فى شرحه: «الولاية فى مال الصغير للأب ثمّ وصيّيه ثمّ وصىّ وصيّيه و لو بعد، فلو مات الأب و لم يوصّ فالولاية لأب الأب» (١).

و فى مختصر اختلاف العلماء: «قال أصحابنا: وصىّ الأب أولى بالولاية على الصغير فى الشراء و البيع من الجدّ- أب الأب- فإذا لم يكن أب و لا وصيّيه، فالجدّ بمنزلة الأب فى ذلك» (٢).

و يستفاد هذا أيضاً من ظاهر كلام السرخسى فى المبسوط حيث قال: «و إذا أوصى إلى رجلٍ بماله، فهو وصىّ فى ماله و ولده و سائر أسبابه عندنا» (٣).

و فى الكافى: إن ولاية الأب على المال يقدم كولايته على النكاح ثمّ وصيّيه بعده؛ لأنه نائبه ... ثمّ الحاكم؛ لأنّ الولاية من جهة القرابة قد سقطت، فثبت للسلطان (٤).

و كذا فى الإقناع (٥) و منتهى الإرادات (٦) و كشّاف القناع (٧).

و فى حاشية الدسوقى فى فقه المالكي: إنّ الوصيّة على الأولاد المحجورين عليهم خاصّ بالأب أو وصيّيه دون الأجداد و الأعمام و الإخوة (٨).

و فى حاشية الخرشي: «إنّ الوصيّة على الأولاد و إقامة من ينظر فى حالهم

(١) حاشية ردّ المحتار ٦: ٧١٤-٧١٥.

(٢) مختصر اختلاف العلماء ٥: ٦٨.

(٣) المبسوط للسرخسى ٢٨: ٢٦.

(٤) الكافى فى فقه أحمد ٢: ١٠٧.

(٥) الإقناع فى فقه الإمام أحمد: ٨٠.

(٦) منتهى الإرادات ٣: ٤٩٧.

(٧) كشّاف القناع ٤: ٤٨٤.

(٨) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤: ٤٥٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٤٢

مختصّ بالآباء لا بغيرهم من الأقارب و من الأجداد» (١). و كذا فى مواهب الجليل (٢).

و فى عقد الجواهر الثمينه: «و يجوز نصب الوصيّ فى حياة الجدّ؛ إذ لا ولاية له» (٣)

(١) حاشية الخرشي على مختصر خليل ٨: ٥٠٣.

(٢) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ٨: ٥٥٦.

(٣) عقد الجواهر الثمينه ٣: ٤٢٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٤٣

المبحث السابع: الطرق المعبره لإثبات الوصيه بالولاية

إشارة

و البحث عنها يقع في مقامين:
الأول: إذا لم يكن بين الورثة و الوصي اختلاف في مورد الوصيه.
الثاني: إذا اختلفوا في ذلك.

إثباتها عند عدم الاختلاف

ثبتت الوصيه بالولاية- فيما إذا لم يكن هناك اختلاف- كغيرها بعدة امور نذكرها على الترتيب التالي:
أ: العلم، ثبتت الوصيه بالولاية بالعلم الوجداني؛ لأن الموضوعات التي تعلقت بها الأحكام إنما يراد بها الامور الواقعيه، كما هو مقتضى مدلولات الألفاظ، و الطريق إلى الواقع هو العلم، و لما حقق في محلّه من أن العلم حججه بذاته، و الردع عن العمل على طبقه أمر غير معقول، فلو علم الوصي أن الموصي أوصى له بذلك و قبلها وجب عليه إنفاذ الوصيه فيما أوصى به إليه.
ب: إقرار الورثه، كذلك ثبتت الوصيه بالولاية بإقرار الورثه و تصديقهم للوصي. قال في التذكرة: «لو أقرّ الورثه بأسرهم بالوصيه بالمال أو الولاية ثبت فيما لا تفتقر إلى الشهاده» (١) أي لا يكون اختلاف بين الورثه و الوصي.
و قال في موضع آخر: «إذا ثبتت الوصيه إما بالإشهاد أو بالإقرار فإنّ

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٢٢، الطبعة الحجرية.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٤٤

حكمها يثبت» (١).

و في التحرير: «لو صدّقوا الورثه الوصي حكم عليهم بهذه الوصيه» (٢).

و في منهاج الصالحين: «ثبتت الوصيه العهديه بإقرار الورثه جميعهم» (٣).

و يدلّ عليه بناء العقلاء على قبول الإقرار في هذا المقام، و لم يثبت ردع من الشرع.

ج: البيئه؛ لأنه قام الإجماع من الفقهاء على حججه البيئه مطلقاً؛ سواء كان في باب القضاء أو غيره؛ لأنّ من لاحظ كلماتهم في الأبواب المختلفه يستظهر منها أن اعتبار البيئه متسالم عليه بين الأصحاب في باب القضاء، و كذلك في سائر الموضوعات، و لا يبعد أن يكون هذا الإجماع تعديداً كاشفاً عن قول المعصوم أو الدليل المعبر، فلا شبهه في ثبوت الوصيه بالولاية بشهادة عدلين، و لم يرد دليل يمنع عن اعتبارها في ذلك.

د: خبر الثقة، يدلّ عليه موثقه



إسحاق بن عمّار- التي رواها المشايخ الثلاثة- عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل كانت له عندى دنانير و كان مريضاً، فقال لي: إن حدث بي حدث فأعط فلاناً عشرين ديناراً و أعط أخى بقيه الدنانير، فمات و لم أشهد موته، فأتاني رجل مسلم صادق

فقال لى: إنه أمرنى أن أقول لك انظر الدنانير التى أمرتك أن تدفعها إلى أخى فتصدّق منها بعشرة دنانير اقسمها فى المسلمين و لم يعلم أخوه أن عندى شيئاً، فقال: «أرى أن تصدّق منها بعشرة دنانير كما قال» (٤).

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٣، الطبعة الحجرية.

(٢) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٨٤.

(٣) منهاج الصالحين للسيد الخوئى ٢: ٢٢٨.

(٤) الكافى ٧: ٦٤ ح ٢٧، تهذيب الأحكام ٩: ٢٣٧، الفقيه ٤: ١٧٥، وسائل الشيعة ١٣: ٤٨٢ الباب ٩٧ من كتاب الوصايا، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٤٥

فإنها تدلّ «١» على حجّية قول الثقة فى الموضوعات - كما استقرت السيرة العقلانية على ذلك «٢»؛ فإنّ الرجل المسلم الصادق أخبر عن رجوع الموصى عن الوصية، و حكم الإمام عليه السلام باعتبار هذا الخبر و قال: «أرى أن تصدّق منها بعشرة دنانير كما قال» - (كما أمرك خ ل).

و مورد الرواية و إن كان فى الوصية بالمال، و لكن لا فرق بين المال و الولاية فى أنّهما يثبتان بخبر العدل الواحد.

إثبات الوصية بالولاية بالكتابة

إشارة

التحقيق فى هذه المسألة يتوقف على ذكر مقدّمة؛ و هى أنّه لا خلاف فى صحّة الوصية بالكتابة و العمل بها فى حال الضرورة و عدم إمكان التلفّظ مع وجود القرينة الدالّة عليها، كما فى التنقيح الرائع «٣» و ادّعى عليه الإجماع فى الإيضاح «٤»، و فى جامع المقاصد: نفى الشكّ فيه «٥».

و به صرح فى الجامع للشرائع «٦» و التبصرة «٧» و التذكرة «٨» و التحرير «٩»

(١) و قد أثبتنا فى محلّه فى كتاب الاجتهاد و التقليد عدم حجّية خبر الواحد الثقة أو العدل فى الموضوعات و إنّما هو حجة فى الروايات و الأحكام، و بناءً على ذلك يمكن أن يقال باحتفاف قول الرّجل بالقرائن المفيدة للعلم، سيّما مع تعبيره بالمسلم الصادق. م ج ف.

(٢) دروس فى فقه الشيعة ٢: ٦٠، بحوث فى شرح العروة الوثقى ٢: ٨٦، مصباح الاصول ٢: ١٩٦، التنقيح فى شرح العروة ٢: ١٦٧.

(٣) التنقيح الرائع ٢: ٣٦٤.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٤٧٣.

(٥) جامع المقاصد ١٠: ٢٠.

(٦) الجامع للشرائع: ٤٩٨.

(٧) تبصرة المتعلّمين: ١٢٨.

(٨) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٢، الطبعة الحجرية.

(٩) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٨٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٤٦

و الدروس «١» و الروضة «٢» و غيرها «٣».

و يدلّ عليه

ما روى عن أبي جعفر عليه السلام قال: «دخلت على محمّد بن عليّ بن الحنفية و قد اعتقل لسانه، فأمرته بالوصية فلم يُجب، قال:

فأمرت بطشت فجعل فيه الرمل فوضع، فقلت له: خطّ بيدك، فخطّ وصيته بيده في الرمل و نسخت أنا في صحيفة» «٤».

و إنّما الكلام في أنّه هل يكتفى بصرف الكتابة في حال الاختيار و القدرة على التلقظ، أم لا يصحّ ذلك؟ فيه قولان:

الأول: و هو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء عدم الاكتفاء بالكتابة في حال الاختيار.

ففي التذكرة: «لا تتعقد الوصية إلّا باللفظ مع القدرة عليه، فلو كتب بخطّه: إنّي قد أوصيت لفلان بكذا، لم ينفذ إذا كان الشخص

ناطقاً» «٥».

و في الدروس: «و لو كتب القادر على النطق أو أشار لم يجب العمل به» «٦».

بل في السرائر نفى الخلاف فيه «٧»، و به قال فخر المحققين «٨» و الشهيد و المحقق

(١) الدروس الشرعية ٢: ٢٩٥.

(٢) الروضة البهية ٥: ١٨.

(٣) كنز الفوائد ٢: ١٩٤.

(٤) الفقيه ٤: ١٤٦ ح ٥٠٥، تهذيب الأحكام ٩: ٢٤١ ح ٩٣٤، كمال الدين: ٣٦، وسائل الشيعة ١٣: ٤٣٦ الباب ٤٨ من كتاب الوصايا، ح

١.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٢ الطبعة الحجرية.

(٦) الدروس الشرعية ٢: ٢٩٥.

(٧) السرائر ٢: ١٧٦.

(٨) إيضاح الفوائد ٢: ٤٧٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٤٧

الثانيان «١»، و الشيخ الأعظم «٢». و كذا في التنقيح الرائع «٣».

الثاني: صحّة الاكتفاء بالكتابة مطلقاً و لو مع القدرة على النطق.

احتمله في التذكرة «٤»، و هو الظاهر من عبارة النافع، حيث قال: «و لا تكفى الكتابة ما لم تنضمّ القرينة الدالّة على الإرادة» «٥».

و يمكن أن يستظهر ذلك من عبارة اللمعة أيضاً «٦».

و في الرياض: «و لا يخلو عن قوّة مع قطعية دلالة القرينة على إرادة الوصية؛ لصدق الوصية معها عرفاً و عادةً، مضافاً إلى التأييد بكثير

من النصوص» «٧» «٨».

و اختاره في الجواهر «٩» و الحدائق «١٠». و ذهب إليه السادة الفقهاء الاصفهاني «١١» و الخوئي «١٢» و الإمام الخميني «١٣» و

السبزواري «١٤» و الحكيم «١٥» قدس الله أسرارهم. و كذا في العروة و التعليقات عليها إلّا تعليقه السيد الفقيه

(١) الروضة البهية ٥: ١٩، جامع المقاصد ١٠: ٢٠.

(٢) الوصايا و المواريث، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢١: ٢٨.

(٣) التنقيح الرائع ٢: ٣٦٣.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٢، الطبعة الحجرية.

(٥) المختصر النافع: ١٨٨.

(٦) اللعة المشقية: ١٠٤.

(٧) وسائل الشيعة ١٣: ٣٥٢ الباب ١ من كتاب الوصايا، ح ٥-٧.

(٨) رياض المسائل ٩: ٤٣٤.

(٩) جواهر الكلام ٢٨: ٢٤٩.

(١٠) الحدائق الناضرة ٢٢: ٦٣٧.

(١١) وسيلة النجاة ٢: ١٤٤.

(١٢) منهاج الصالحين ٢: ٢٠٨، مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٤٠٩.

(١٣) تحرير الوسيلة ٢: ٩٠ مسألة ٣.

(١٤) مهذب الأحكام ٢٢: ١٦٣.

(١٥) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٧٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٤٨

البروجردى «١». و اختاره الشيخ الفقيه الفاضل اللكراني في تفصيل الشريعة «٢».

و القول الثاني هو الراجح عندنا. و الأدلة على هذا الترجيح ما يلي:

الأول: إطلاقات أدلته الوصية؛ فإنها غير مقيدة باللفظ، بل مقتضاها اللزوم و حرمة التبديل بمجرد صدق الوصية كيف ما تحققت. و

دعوى تقييد الإطلاقات بالإجماع على احتياج العقود إلى اللفظ، مدفوعة بأنه لو تم فهو إنما يختص بالعقود اللازمة.

و أما العقود الجائزة التي منها الوصية - بناءً على كونها عقداً - فلا إجماع على اعتبار اللفظ فيها، كما في مستند العروة «٣».

الثاني: أنه يمكن أن يستدل عليه بقوله عليه السلام:

«ما ينبغي لامرئ مسلم أن يبيت ليله إلّا و وصيته تحت رأسه» «٤».

و كذا نحوها «٥».

بل يدل عليه

ما رواه الصدوق عن إبراهيم بن محمد الهمداني قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: رجل كتب كتاباً بخطه، و لم يقل لورثته:

هذه وصيتي، و لم يقل:

إنني قد أوصيت، إلّا أنه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصى به، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه و لم يأمرهم بذلك؟

فكتب عليه السلام: «إن كان له وُلد ينفذون كلّ شيء يجدونه في كتاب أبيهم في وجه البرّ و غيره» «٦».

و في مباني العروة: «و طريق الشيخ ضعيف بعمر بن علي ... حيث لم يرد فيه

(١) العروة مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٦٧٠.

(٢) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٣٨.

(٣) مستند العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٤٠٩.

(٤) المقنعة: ٦٦٦، وسائل الشيعة ١٣: ٣٥٢ الباب ١ من كتاب الوصايا، ح ٧.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٣٧٩ الباب ١٦ من كتاب الوصايا ح ١٠ و ص ٣٨٧ الباب ١٨، ح ٧، مستدرک الوسائل ١٤: ٨٨، ح ٦ و ٢: ١١٦،

ح ٢ و ٥، سنن ابن ماجه ٤: ٢٦٨، ح ٢٦٩٩، سنن الترمذى ٤: ٤٣٢، ح ٢١٢٣.

(٦) وسائل الشيعة ١٣: ٤٣٧ الباب ٤٨ من كتاب الوصايا، ح ٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٤٩

توثيق، غير أن محمد بن أحمد بن يحيى «١» قد روى عنه، و لم يستثنه ابن الوليد، إلا أننا قد ذكرنا في كتابنا معجم رجال الحديث أن ذلك لا ينفذ في إثبات الوثاقة للرجل فراجع «٢». على أن الرواية - بطريقها - ضعيفة بإبراهيم ابن محمد الهمداني نفسه؛ فإنه لم تثبت وثاقته رغم كونه من وكلائهم عليهم السلام؛ لما أوضحناه في مقدمته كتابنا معجم رجال الحديث من أن الوكالة وحدها لا تكفي في إثبات وثاقة الوكيل «٣».

«نعم، ورد في جملة من النصوص مدح الرجل و تجليله، إلا أنها جميعاً ضعيفة السند» «٤». و كذا في تفصيل الشريعة «٥».

و جاء في المستمسك: «لكن قصور سندها غير ظاهر؛ فإن طريق الصدوق إلى إبراهيم المذكور أحمد بن زياد بن جعفر الهمداني، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، و أحمد بن زياد ثقة، و علي بن إبراهيم من الأجلء، و أبوه مصحح الحديث. و أمّا إبراهيم فهو من الوكلاء الثقات» «٦».

و في قاموس الرجال: «قال المصنّف: يأتي - في فارس و محمد بن إبراهيم هذا - روايات من الكشي تدلّ على جلاله قدر إبراهيم هذا» «٧».

و في رجال الكشي عن أبي محمّد الرازي قال: كنت أنا و أحمد بن أبي عبد الله البرقي بالعسكر، فورد علينا رسول من الرجل «٨» فقال ... و أيوب بن نوح

(١) الظاهر أن الصواب محمد بن أحمد بن يحيى، و لعله سهو من المقرّر أو من النساخ.

(٢) معجم رجال الحديث ١٥: ٤٧ الرقم ١٠١٥٦، و فيه: «إذ لعله كان يبنى على أصالة العدالة».

(٣) معجم رجال الحديث ١: ٧٥.

(٤) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٤١٠.

(٥) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية ١٣٨.

(٦) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٧٩.

(٧) قاموس الرجال ١: ٢٩٣ الرقم ٢٠٥.

(٨) و في الهامش، المراد بقريئة الروايات هو أبو الحسن العسكري عليه السلام.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٥٠

و إبراهيم بن محمد الهمداني و أحمد بن حمزة و أحمد بن إسحاق ثقات جميعاً «١».

نقول: إبراهيم بن محمد الهمداني عدّه الشيخ من أصحاب الرضا «٢» و الجواد ٣ و الهادي ٤ عليهم السلام. و كذا في رجال البرقي

«٥»، و هو وكيل الناحية، كان حجّ أربعين حجّة «٦» و كتب إليه الجواد عليه السلام كتاباً تدلّ على عظيم شأنه:

منها:

ما رواه الكشي عن علي بن محمّد قال: حدّثني محمّد بن أحمد، عن عمر بن علي بن عمر بن يزيد، عن إبراهيم بن محمد الهمداني،

قال: و كتب إلي:

«و قد وصل الحساب تقبيل الله منك، و رضى عنهم، و جعلهم معنا فى الدنيا و الآخرة، و قد بعثت إليك من الدنانير بكذا، و من الكسوة بكذا، فبارك لك فيه، و فى جميع نعمة الله عليك، و قد كتبت إلى النضر: أمرته أن ينتهى عنك، و عن التعرض لك و بخلافك، و أعلمته موضعك عندى، و كتبت إلى أيوب: أمرته بذلك أيضاً و كتبت إلى موالى بهمدان كتاباً أمرتهم بطاعتك و المصير إلى أمرك و أن لا و كيل لى سواك» (٧).

و منها: ما روى الشيخ فى كتاب الغيبة عن أحمد بن إدريس، عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن أبى محمد الرازى قال: كنت و أحمد بن أبى عبد الله بالعسكر، فورد علينا رسول من قبل الرجل فقال: «أحمد بن إسحاق الأشعري و إبراهيم بن محمد الهمداني و أحمد بن حمزة بن اليسع ثقات» (٨) و غيرها (٩).

(١) رجال الكششى: ٥٥٧ و ٥٥٨.

(٢) (٢-٣) رجال الطوسى: ٣٥٢ الرقم ١٦ و ص ٣٧٣ الرقم ٢ و ص ٣٨٣ الرقم ٨.

(٥) رجال البرقى: ٥٤ و ٥٦ و ٥٨.

(٦) جامع الرواة ١: ٣٣.

(٧) رجال الكششى: ٦١١-٦١٢ الرقم ١١٣٦.

(٨) كتاب الغيبة للطوسى: ٤١٧، البحار ٥١: ٣٦٣.

(٩) تهذيب الأحكام ٨: ٥٧، ح ١٨٦، الاستبصار ٣: ٣٩٤، ح ١٠٢٧، وسائل الشيعة ١٥: ٣٢٠ الباب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٥١

و ذكره العلامة رحمه الله فى القسم الأول من الخلاصة (١) أيضاً.

فمن مجموع هذه الامور خصوصاً كونه و كياناً للإمام عليه السلام تطمئن النفس على أن إبراهيم بن محمد الهمداني ثقة و رواياته معتبرة، فلا إشكال فى سند الرواية. و أما دلالتها على اعتبار الوصية بالكتابة فى حال الاختيار، فورد عليها: أولاً: بأنها لا تصلح دليلاً للحكم، و ذلك لما تضمنته من حجية هذه الوصية لأولاد الميت خاصية، و مقتضى مفهومها عدم اعتبار الوصية بالكتابة لغير الأولاد، و هذا التفصيل بين الأولاد و غيرهم من الورثة لم يعرف قائل به و لا يمكن الالتزام به، فلا بد من رفع اليد عن هذا الخبر (٢).

و ثانياً: يحتمل أن يكون تنفيذ الوصية بالكتابة من خواص الولد، نظير قضاء الصلاة و الصوم، فتدل على عدم حجية الكتابة المجردة عن القول (٣).

نقول: إن الظاهر من الرواية اعتبار الوصية بهذا النحو و صحتها مطلقاً، فيجب تنفيذها للأولاد و غيرهم، و ليست مختصة بالأولاد، بل ذكر الأولاد من باب أنهم أولى بإنفاذ وصية أبيهم، مضافاً إلى أنه لو ثبت تنفيذ هذه الوصية للأولاد ثبت لغيرها من الورثة بعدم الفصل؛ لأنه ليس فى المسألة إلا القولين:

التنفيذ مطلقاً، و عدم التنفيذ مطلقاً، و لا وجه لجعل ذلك من مختصات الولد كقضاء الصلاة و الصوم.

و بالجملة: فإن الخبر المذكور معتبر سنداً، واضح متناً، لا مجال للطعن فيه بوجه و لا معارض له، فالعمل به متعين.

الثالث: السيرة المستمرة من المشرعة على الوصية بالكتابة.

(١) خلاصة الأقوال: ٥٢.

(٢) مستند العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٤١١، تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٣٨ مع تصريف.

(٣) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٧٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٥٢

الرابع: ما احتج به العلامة في التذكرة من أن الكتابة بمثابة كنايات الألفاظ، و قد بينا جواز الوصية بالكناية التي ليست صريحة في دلالتها عليها مع القرينة، فإذا كتب و قال: نويت الوصية لفلان أو اعترف الورثة بعد موته به، و جب أن تصح «١».

الخامس: لا شك في أنه يصدق الوصية على ذلك عرفاً و عادةً، و مع فرض تحقق الوصية بالكتابة يترتب عليه جميع أحكامها؛ لأن المناط صدق عنوان الإيضاء، و لا دليل على التقييد باللفظ.

قال في تفصيل الشريعة: «و الوجه أنه لا دليل على كون الوصية بأمر خاص» «٢».

السادس: ما ذكره في مهذب الأحكام من أن المناط في إبراز المقاصد على الدوال الخارجية المعتبرة عند المتعارف، و المفروض كون الوصية بالكتابة كذلك، فيكون المقتضى للصحة موجوداً و المانع عنها مفقوداً، فتصح لا محالة «٣».

و قد تحصل مما ذكرنا أنه يكفي في تحقق الوصية مطلقاً- الوصية بالولاية و غيرها- كل ما دل عليها من لفظ صريح أو غير صريح أو فعل و إن كانت كتابةً أو إشارة، بلا فرق بين صورتى الاختيار و عدمه.

و لا مانع من ذلك إلا دعوى نفى الخلاف من السرائر و كلمات الأصحاب.

و قال في الجواهر: «و معقد نفى الخلاف في محكي السرائر غير ما نحن فيه...»

و لعل مراده عدم صحة الشهادة عليه بذلك الإجمال «٤»

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٢، الطبعة الحجرية.

(٢) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٣٨.

(٣) مهذب الأحكام ٢٢: ١٦٣.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٢٤٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٥٣

و يمكن أيضاً حمل كلام الأصحاب على صورة عدم الوضوح و الصراحة التي يكتفى بهما العرف في المحاورات الدائرة بينهم، كما في مهذب الأحكام «١».

و الحاصل: أنه يمكن حمل كلام الأصحاب على عدم صحة الوصية بالكتابة للإجمال، أو يكون المراد عدم الاكتفاء بالكتابة في ثبوت الوصية، بمعنى أنه لا يجب العمل بما يوجد مكتوباً ما لم يثبت بالبيينة أو لم تقم القرائن على إرادته الوصية بذلك «٢».

و بعد هذه المقدمة و الحكم لصحة الوصية بالكتابة:

نقول: هل تثبت الوصية- الوصية بالولاية و غيرها- بصرف كتابتها سواء كتبها الموصى أو غيره، أم لا؟

يمكن أن نستفيد تصوير المسألة في كلمات الفقهاء في صور:

الصورة الاولى: إذا وجدت وصية بخط الميت و لم يكن أقر بها و لا أشهد عليها، فهل تثبت الوصية بذلك و يجب العمل بها أم لا؟ فيه ثلاث احتمالات بل أقوال:

الأول: - هو الذى اعتقد به أكثر الأصحاب- أنه لا تثبت و لا يجب العمل بها على الورثة.

جاء فى المختصر النافع: «و لا يجب العمل بما يوجد بخط الميت» «٣». و وافقه الفاضل الآبى «٤» و ابن فهد الحللى «٥»

(١) مهذب الأحكام ٢٢: ١٦٣.

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٢٤٨.

(٣) المختصر النافع: ١٨٩.

(٤) كشف الرموز ٢: ٦٦.

(٥) المقتصر: ٢١٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٥٤

و قال العلامة: «لا يجب العمل بما يوجد بخطه (١)».

و فى التذكرة: «بل لهم - للورثة - ردّها و إبطالها؛ سواء عملوا بشيء منها أو لا؟» (٢).

و قال فى الدروس: «لم يجب العمل به و لو شوهد كاتباً أو علم خطه (٣)». و كذا فى الروضة (٤).

و جاء فى جامع المقاصد: «إذا وجدت وصية بخط الميت و لم يكن أقرّب بها و لا أشهد عليها لم يجب العمل بها على الورثة؛ سواء

شاهدوه يكتب أم لا، و سواء اعترفوا بأنّه خطه أو عرف أم لا، و سواء قدر على النطق أو لا، و سواء عمل الورثة ببعض الوصية أو لا. و

استدلّ بأنّ الكتابة قد لا تكون على قصد الوصية (٥)». و كذا فى غيرها (٦).

و الحقّ ما ذهب إليه هؤلاء الأعلام رضوان الله عليهم. فإذن أمر الصغار إلى الحاكم، و هو الذى يعين القيم عليهم، و يأتى الكلام فيه.

القول الثانى: أنّه يثبت و يجوز العمل بها.

قال الشيخ فى النهاية: «و إذا وجدت وصية بخط الميت، و لم يكن أشهد عليها و لا أمر بها كان الورثة بالخيار بين العمل بها، و بين

ردّها و إبطالها. فإن عملوا بشيء منها، لزمهم العمل بجميعها» (٧).

(١) تبصرة المتعلّمين: ١٢٨.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٢، الطبعة الحجرية.

(٣) الدروس الشرعية ٢: ٢٩٥.

(٤) الروضة البهية ٥: ١٩.

(٥) جامع المقاصد ١٠: ١٩.

شيرازى، قدرت الله انصارى و پژوهشگران مركز فقهى ائمه اطهار عليهم ا، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ٤ جلد، مركز فقهى ائمه

اطهار عليهم السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٩ هـ ق موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها؛ ج ٢، ص: ٥٥٤

(٦) إرشاد الأذهان ١: ٤٦٤، تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٣١، التنقيح الرائع ٢: ٣٦٣.

(٧) النهاية: ٦٢١ - ٦٢٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٥٥

و فى الجامع للشرائع: «و يجوز للورثة العمل بوصية فى كتاب لم يشهد بها و ببعضها، و تركها (١)».

القول الثالث: التفصيل بأنّه لو ثبت ما وجد بخطه بإحدى الطرق المعتبرة المتقدمة - أى العلم الوجدانى، أو اعترف الورثة، أو اقيم

البينة، أو الخير العدل الواحد - يجب العمل بها، و إلّا فلا.

و يحتمل كلام الشيخ فى النهاية فى أنّ الورثة اعترفوا بصحة الوصية بالاستناد إلى هذا الخط، فيجب العمل بالجميع، كما فى التذكرة

(٢) و المهذب البارع (٣) و الإيضاح (٤).

و في المختلف: «لا- منافاة بين الأمرين- أى ما ذكره الشيخ فى النهاية، و ما فى السرائر- فإن قول الشيخ رحمه الله يحتمل العمل بما وجدوه من خطه؛ لأنه أوصى بذلك مستندياً إلى هذا الخط عارفين بصحته، و حينئذٍ يجب العمل بالجميع» (٥).
و لعل يستفاد ذلك من معتبرة إبراهيم بن محمد الهمداني المتقدمه (٦)؛ لأن قوله عليه السلام:
«ينفذون»

صفة للولد، و جواب الشرط محذوف تقديره: إن كان له أولاد ينفذون ما وجدوه فى كتاب أبيهم فلهم ذلك.
و لذا قال فى الحدائق: «إن الرواية المذكورة ظاهرة فى وجوب تنفيذ ما يجدونه فى وصيته بخطه» (٧)

(١) الجامع للشرائع: ٤٩٨.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٢ الطبعة الحجرية.

(٣) المهذب البارع ٣: ٩٥.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٤٧٣.

(٥) مختلف الشيعة ٦: ٣٧٧.

(٦) وسائل الشيعة ١٣: ٤٣٧ الباب ٤٨ من كتاب الوصايا، ح ٢.

(٧) الحدائق الناضرة ٢٢: ٦٣٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٥٦

الصورة الثانية: لو كتَب وصية فقال للشهود: اشهدوا علىّ بما فى هذه الورقة، و لم يطلعهم على ما فيها، أو قال: هذه وصيتى فاشهدوا علىّ بها، لم تثبت الوصية بها و لم يجز لهم الشهادة على ذلك حتى يسمعوا منه ما فيه أو يقرأ عليه فيقرّ به، كما فى القواعد (١) و التذكرة (٢) و التحرير (٣) و الدروس (٤) و التنقيح (٥) و الروضة (٦).

و فى جامع المقاصد: «و ذلك لأن الأمر المبهم لا يعقل تحمّل الشهادة به؛ لأن الشهادة مشروطة بالعلم، لقوله صلى الله عليه و آله مشيراً إلى الشمس:

«على مثلها فاشهد، أو دع» (٧)

، (٨). و فى مفتاح الكرامة: «و قد حكينا فى باب القضاء الإجماع عن السرائر فى غير موضع على ذلك» (٩).

و فى الجامع للشرائع: «إشهاد الشخص على نفسه فى الأملاك و الوصايا على كتاب مدرج لا يصح إجماعاً» (١٠).

و لعله لأن الإشهاد مشروط بالعلم، و هو منفي هنا.

(١) قواعد الأحكام ٢: ٤٤٥.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٢، الطبعة الحجرية.

(٣) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٣١.

(٤) الدروس الشرعية ٢: ٢٩٦.

(٥) التنقيح الرائع ٢: ٣٦٣.

(٦) الروضة البهية ٥: ١٩.

(٧) رواها فى السرائر ٢: ١١٧، و شرائع الإسلام ٤: ١٣٢، و وسائل الشيعة ١٨: ٢٥١ الباب ٢٠ من كتاب الشهادات، ح ٣.

(٨) جامع المقاصد ١٠: ٢٠.

(٩) مفتاح الكرامة ٩: ٣٨١.

(١٠) الجامع للشرائع: ٥٣٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٥٧

و فى المختلف: «لا يجوز أن يشهد بمجرد معرفة خطه» (١).

و فى مفتاح الكرامة: «و هو قضيه كلام الأردبيلى أو صريحه فى باب القضاء» (٢).

الصورة الثالثة: أن يقرأ الشاهد ما كتب الموصى بعنوان الوصية، فيقول له الموصى: قد عرفت ما فيه فاشهد به عليّ، فيه قولان:

الأول: الأقرب إثبات الوصية و قبولها، كما يستفاد من القواعد (٣) و الروضة (٤).

و فى الإيضاح: «هذا اختيار ابن الجنيد؛ لاعترافه بمعرفته بما فيه، فيحكم عليه للخبر، و لأنه عتر عنه بما لا يحتمل غيره، فكان نصاً فى الوصية و الموصى به، فيصح» (٥).

و قال المحقق الثانى فى ذيل كلام العلامة- يجوز فى تاء «عرفت» الفتح و الضم على إرادة الموصى نفسه أو الشاهد-: «و لعل الضم

أولى ليكون إخباراً عن علمه بما فى الكتاب، و أنه ليس بمبهم عنده؛ فإن شرط الإشهاد كون المقرّ عالماً بما قرّ به.

و وجه القرب: أن ذلك جارٍ فى الصراحة مجرى ما لو أخبرهم به تفصيلاً؛ لأنّ الدلالة على الامور المتعددة إجمالاً كافية كالدلالة عليها تفصيلاً» (٦).

و فى الروضة: «و الأقوى الاكتفاء بقراءة الشاهد له مع نفسه، مع اعتراف الموصى بمعرفة ما فيه و أنه موصى به» (٧).

(١) مختلف الشيعة ٦: ٣٦٨.

(٢) مفتاح الكرامة ٩: ٣٨١، مجمع الفائدة و البرهان ١٢: ٩٦.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٤٤٥.

(٤) الروضة البهية ٥: ١٩.

(٥) إيضاح الفوائد ٢: ٤٧٣.

(٦) جامع المقاصد ١٠: ٢١.

(٧) الروضة البهية ٥: ١٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٥٨

القول الثانى: عدم الاكتفاء به، لبقاء الإجمال و الإبهام، و علله فى الإيضاح بانتفاء الدلالات الثلاث، إذ الاعتبار بوضع اللغة (١).

فرع: حكم الوصية التى سجّلت فى الشريط أو غيره

يمكن أن يسأل إذا أوصى الموصى بوصية و سجّلها فى شريط المسجّل أو فى شريط الفيديو أو غيرهما؛ كأن يكون عبر الإنترنت،

فهل تثبت الوصية بالولاية و غيرهما بمثل هذه الامور أم لا؟

فنقول: قد تقدّم ممّا أنه إذا لم يكن اختلاف و مخاصمة بين الورثة و الوصيّ تثبت الوصية بالولاية بامور، و منها: العلم الوجدانى أو

الاطمئنان، فحينئذٍ لو كانت الوصية التى سجّلت فى الشريط أو غيره واضحة مفيدة للعلم أو الاطمئنان بصحتها و لو بمعونة القرائن،

فثبوت الوصية بها غير بعيد.

و أمّا إذا لم تكن مفيدة للعلم و كان خوف التزوير فلا تثبت؛ لأنّ أجهزة الصوت و التصوير يُحتمل فيها الوضع و التزوير.

و يمكن أن يستدل على ثبوت الوصية بهذه الامور بعموم التعليل الوارد في ذيل صحيحة ضريس الكناسى، و كذا موثقة سماعه، و صحيحة الحلبي و محمد ابن مسلم؛ لأن الإمام عليه السلام علل ذلك بأنه «لا يصلح ذهاب حق امرئ مسلم و لا تبطل وصيته» (٢).
و من الواضح أنه إذا لم نقل بوجوب إنفاذ الوصية التي كانت مسجلة في الشريط، أو أرسلها الموصى عبر الانترنت، يلزم بطلان الوصية و تضييع حق امرئ مسلم.

(١) إيضاح الفوائد ٢: ٤٧٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٠ الباب ٢٠ من كتاب الوصايا، ح ١ و ٣ و ٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٥٩

كما أن المناط في إبراز المقاصد الدوال الخارجية المعتمدة عند العرف و العقلاء، و المفروض أن أجهزة الصوت و التصوير في هذا العصر من الدوال التي يبرز العقلاء مقاصدهم بها و تكون معتبرة عندهم.

إثبات الوصية بالولاية مع اختلاف الورثة

إشارة

المقام الثانى: أنه إذا كان بين الورثة و الوصى اختلاف فى مورد الوصية فيلزم لإثبات الوصية، بالولاية شهادة عدلين، و لا يثبت بشهادة النساء منفردات و لا بشاهد و يمين. و اختلف الفقهاء فى إثباتها بشهادة أهل الذمة، ففى المقام يقع الكلام فى جهات:
أ- إثباتها بشهادة عدلين

لا خلاف بين الفقهاء فى أنه يثبت الوصية بالولاية بشهادة عدلين.

قال المحقق: «لا تثبت الوصية بالولاية إلا بشاهدين، و لا تقبل شهادة النساء فى ذلك، و هل تقبل شهادة شاهد مع اليمين؟ فيه تردد، أظهره المنع» (١).

و فى التذكرة: «لا تقبل فى الشهادة بالولاية إلا شهادة رجلين عدلين مسلمين» (٢). و به قال فى القواعد (٣).

و فى المسالك: لا شبهة فى ثبوت الوصية بالولاية بشهادة شاهدين مسلمين عدلين؛ لأن ذلك ممّا يثبت به جميع الحقوق عدا ما استثنى ممّا يتوقف على أربعة، و حكم الوصية أخفّ من غيرها (٤)

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٥١، المختصر النافع: ١٩٢.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٢٢، الطبعة الحجرية.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٨.

(٤) مسالك الأفهام ٦: ٢٠٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٦٠

و فى الجواهر: «بلا خلاف و لا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه» (١).

و به قال السيدان الفقيهان الخوئي (٢) و الإمام الخميني (٣).

و جاء فى تفصيل الشريعة: «الوصية إن كانت متعلقة بالولاية؛ سواء كانت هى الولاية على المال، أو القيمومة على الأطفال، فهى لا تثبت إلا بشهادة عدلين من الرجال، و لا تقبل فيها شهادة النساء لا منفردات، و لا منضمات بالرجال» (٤).

و يستفاد هذا الحكم من الكتاب و السنة و الإجماع:

أما الكتاب: فقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ) ... الآية (٥).

معنى الآية: أن الله - تعالى - أخبر أن حكمه فى الشهادة على الموصى إذا حضره الموت أن تكون شهادة عدلين، فإن تعذر عليه بأن كان فى سفر و لم يكن معه أحد من المؤمنين فليشهد شاهدان ممن حضره من أهل الكتاب.

أما السنة: فروايات كثيرة مستفيضة:

منها: ما دل على عموم حجية البيئة (٦)، و أنه يمكن إثبات كل حق بإقامتها، كما

رواه فى العلل و عيون الأخبار عن الرضا عليه السلام أنه قال: «و العلة فى أن البيئة فى جميع الحقوق على المدعى و اليمين على المدعى عليه ما خلا الدم لأن المدعى عليه جاحد، و لا يمكنه إقامة البيئة على الجحد؛ لأنه مجهول»

الحديث (٧)

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٣٤٧.

(٢) منهاج الصالحين ٢: ٢٢٨.

(٣) تحرير الوسيلة ٢: ١٠٣-١٠٤، كتاب الوصية مسألة ٦٣.

(٤) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ٢٠٥.

(٥) سورة المائدة ٥: ١٠٦.

(٦) وسائل الشيعة ١٨: ١٦٧ الباب ١ من أبواب كيفية الحكم و ص ٢٨٧ باب ٤٠ من كتاب الشهادات.

(٧) نفس المصدر ١٨: ١٧١-١٧٢ الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، ح ٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٦١

و ما رواه الفضل بن شاذان عنه عليه السلام قال ...: «فجعل الأذان شهادتين شهادتين كما جعل فى سائر الحقوق شاهدان» (١).

و منها: عموم ما دل على حجية قول شاهدين عدلين بخصوصهما فى إثبات الوصية،

كما رواه يحيى بن محمد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله - عز و جل - : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ) (٢).

قال: «اللذان منكم مسلمان و اللذان من غيركم من أهل الكتاب»

الحديث (٣).

و مثله

ما رواه حمزة بن حمران، عن أبى عبد الله عليه السلام، فإنه قال عليه السلام فيه: «اللذان منكم مسلمان و اللذان من غيركم من أهل الكتاب» (٤).

و كذا صحيحة

محمّد بن مسلم، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سألته هل تجوز شهادة أهل ملّة من غير أهل ملّتهم؟ قال: «نعم، إذا لم يوجد من أهل ملّتهم جازت شهادة غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (٥).

و أما الإجماع، فإجماع المسلمين «٦».

ب- عدم إثبات الوصية بالولاية بشهادة النساء

لا خلاف بين الفقهاء في أنه لا تقبل شهادة النساء في الوصية بالولاية

(١) نفس المصدر ١٨: ١٧٣ الباب ٥ من أبواب كيفية الحكم، ح ١.

(٢) سورة المائدة ٥: ١٠٦.

(٣) (٣) (٤) (٥) نفس المصدر ١٣: ٣٩٠-٣٩٢ الباب ٢٠ من كتاب الوصايا، ح ٣، ٦، ٧.

(٦) المبسوط للطوسي ٨: ١٨٧، إيضاح الفوائد ٢: ٦٣٤، غنية النزوع: ٤٤٠، جواهر الكلام ٢٨: ٣٤٧، مهذب الأحكام ٢٢: ٢٣٣، المغنى

و الشرح الكبير ١٢: ٢، مغنى المحتاج ٤: ٤٢٦، فتح القدير ٦: ٤٤٧، تبين الحقائق ٤: ٢٠٧، كشاف القناع ٦: ٥١٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٦٢

لا منفردات عن الرجال، و لا منضّمات إليهم؛ كما في الشرائع «١» و المختصر النافع «٢» و التحرير «٣» و القواعد «٤» و غيرها «٥».

و في جامع المقاصد: «لا خلاف بين الأصحاب في أن الوصية بالولاية لا تثبت بشهادة النساء منفردات، و لا منضّمات» «٦».

و في المسالك: «لا خلاف في عدم قبول شهادة النساء، منفردات في الولاية؛ لأنها ليست وصية بمال، بل هي تسلط على تصرف فيه، و

لا ممّا يخفى على الرجال غالباً، و ذلك ضابط محلّ قبول شهادتهنّ منفردات» «٧».

و قال في الجواهر في باب القضاء: «و أما حقوق الآدمي فثلاثة:

الأول منها: ما لا يثبت إلّا بشاهدين ذكّرين، فلا يجزئ فيه النساء منضّمه فضلاً عن الانفراد، و لا اليمين مع الشاهد.

و في الدروس: ضبط الأصحاب ذلك بكلّ ما كان من حقوق الآدميين ليس مالاً و لا المقصود منه المال «٨».

و في كشف اللثام: «و هو ما يطّلع عليه الرجال غالباً، و ما لا يكون مالاً و لا المقصود منه المال» «٩»

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٥١.

(٢) المختصر النافع: ١٩٢.

(٣) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٨٤.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٨.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٢٢، الطبعة الحجرية، مهذب الأحكام ٢٢: ٢٣٣، تحرير الوسيلة ٢: ١٠٣-١٠٤، تفصيل الشريعة، كتاب الوصية:

٢٠٥.

(٦) جامع المقاصد ١١: ٣١٠.

(٧) مسالك الأفهام ٦: ٢٠٦.

(٨) الدروس الشرعية ٢: ١٣٧.

(٩) كشف اللثام ١٠: ٣٢٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٦٣

و لكن لم أقف في النصوص على ما يفيد، بل فيها ما ينافيه «١».

و قال في باب الوصية: «قلت: كما أن ضابط قبولهنّ منضّمات كون المشهود عليه مالاً لا ولاية، لكن يناقش بأنّها قد تتضمّن المال كما

إذا أراد الوصي أخذ الاجرة و الأكل بالمعروف بشرطه، و بأنّ الولاية و إن لم تكن مالاً لكنّها متعلّقة به، كبيعته و إجارته و إعارته و

نحو ذلك، و من ذلك يتجه القول بالقبول؛ لعموم ما دلّ على قبول خير العدل الشامل للذكر و الانثى و لو بقاعدة الاشتراك، اللهمّ إلّا أن يقوم إجماع هنا بالخصوص على عدم ثبوت ذلك بشهادتهنّ منفردات و منضمّات، كما هي عساه يشعر في الجملة نفى الخلاف المزبور «٢» مؤيداً بعدم العثور على ما ينافيه «٣».

ج- عدم إثباتها بشهادة العدل الواحد مع اليمين

الظاهر أنّه لا خلاف أيضاً في أنّه لا تثبت الوصيّة بالولاية بشهادة العدل الواحد مع اليمين.

قال في التحرير: «أما الوصيّة بالولاية ... لا تقبل فيها ... الشاهد و اليمين «٤»».

و كذا في القواعد «٥» و التذكرة «٦».

و في الحدائق: «هو المشهور عند الأصحاب، بل الظاهر أنّه لا خلاف فيه إلّا ما يظهر من المحقّق في الشرائع، حيث تردّد في ذلك» «٧»

(١) جواهر الكلام ٤١: ١٥٩.

(٢) مقصوده نفى الخلاف المتقدّم في كلام الشهيد الثاني رحمه الله.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ٣٥٤.

(٤) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٨٤.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٨.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٢٢، الطبعة الحجرية.

(٧) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٠٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٦٤

و قال الشهيد الثاني: «أما ثبوتها- أى ثبوت الوصيّة بالولاية- بشهادة الواحد مع اليمين فقد تردّد فيه المصنّف، ثمّ استظهر المنع «١».

و هو واضح؛ لأنّ ضابطه ما كان من حقوق الآدمي مآلاً أو المقصود منه المال «٢». و ولاية الوصاية ليست من أحدهما.

و يظهر وجه تردّده ممّا ذكرنا، و من أنّها قد تتضمّن المال، كما إذا أراد أخذ الاجرة أو الأكل بالمعروف بشرطه، و لما فيه من الإرفاق و التيسير، فيكون مراداً للآية «٣» و الرواية «٤».

و لا يخفى ما فيه، و قد قطع الأصحاب بالمنع من غير نقل خلاف في المسألة و لا تردّد، و وافقهم المصنّف في مختصر الكتاب «٥»

على القطع، و أبدل هذا التردّد بالتردد في ثبوت الوصيّة بالمال بشاهد و يمين، و كلاهما كالمستغنى عنه، للاتّفاق على الحكم و

القاعدة المقيّدة للحكم فيهما «٦».

و في الرياض: «إنّ النصوص المزبورة كاتّفاق المحكّي في المسالك و غيره متّفقه الدلالة على انحصار قبولهما في الحقوق الماليّة» «٧».

و أشار إلى ذلك في الجواهر، و لكن أضاف في ذيل كلامه: «قلت: بل لعلّ الأصل أيضاً يقتضى عدم ثبوتها بعد قيام الأدلّة على

اعتبار التعدّد في الشهادة،

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٥١.

(٢) المبسوط للطوسي ٨: ١٨٩.

(٣) لعلّ المراد بها قوله تعالى: «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَ لَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» سورة البقرة ٢: ١٨٥.

(٤) لعلّ المراد بها الإطلاقات الواردة في قبول الشاهد مع اليمين، لاحظ الوسائل ١٨: ١٩١ الباب ١٤ من أبواب كفيّة الحكم.

(٥) المختصر النافع: ١٩٢.

(٦) مسالك الأفهام: ٢٠٦-٢٠٧.

(٧) رياض المسائل: ٣١٧.

موسوعة أحكام الأطلاق و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٦٥

و قيام اليمين مقام الواحد غير ثابت في المقام، فتأمل جيداً «١».

د- إثباتها بشهادة عدول أهل الذمة: هل تقبل لإثبات الوصية بالولاية شهادة أهل الذمة؟ وجهان، بل قولان:

الأول: عدم القبول، ففي القواعد: «في قبول أهل الذمة مع عدم عدول المسلمين نظر، أقربه عدم القبول» «٢». و كذا في التذكرة «٣». و اختاره فخر المحققين «٤».

و في جامع المقاصد: «هل تثبت - أي الوصية بالولاية - بشهادة عدول أهل الذمة مع عدم المسلمين؟ فيه نظر، ينشأ من أن الوصية المتضمنة لنقل الملك تثبت بشهادتهما، فالوصية بالولاية التي هي عبارة عن سلطنة التصرف أولى؛ لأنها أحق من نقل الملك، ولأن ظاهر الآية «٥» لا يأبى ذلك.

و من أن قبول شهادة الكافر على خلاف الأصل؛ لأنه فاسق، فيجب التثبت عند خبره، و لا يجوز الركون إليه؛ لأنه ظالم، و قبول الشهادة ركون.

و الأقرب عند المصنف عدم القبول؛ لضعف دليبه فإن الأولوية ممنوعة.

و النص إنما نزل على الشهادة بالمال، فلا يتجاوز به ذلك، و هذا هو المختار «٦».

و في الجواهر: «إن مقتضى إطلاق الآية و الرواية قبول شهادة أهل الذمة فيها، و لعله لذا و لأصالة عدم القبول نظر الفاضل فيها في القواعد، لكن قال: أقربه عدم، و لعله كذلك اقتصاراً فيما خالف الضوابط الشرعية على المتيقن، و لا إطلاق

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٣٥٤.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٨.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٢٢، الطبعة الحجرية.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٦٣٧.

(٥) سورة المائدة ٥: ١٠٦.

(٦) جامع المقاصد ١١: ٣١٠-٣١١.

موسوعة أحكام الأطلاق و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٦٦

في الأدلة بحيث تظمن به النفس على قبولها في ذلك بعد اقتصار المعظم على المال، فلاحظ و تأمل «١».

و هو الظاهر من كلام الشهيد الثاني في المسالك «٢». و اختاره أيضاً في الحدائق «٣».

الثاني: إنه لا فرق في قبول شهادة الذمي في الوصية مع فقد المسلم بين كونها بالمال، أو بالولاية أو بهما معاً، و فتاوى كثير من أصحابنا المتقدمين مطلقه، و لا اختصاص فيها بالمال، كما أطلق الشيخ في النهاية و المبسوط و الخلاف قبول شهادة أهل الذمة في الوصية عند عدم المسلمين و لم يقيد بالمال «٤».

و كذا المفيد في المقنعة «٥» و الإسكافي «٦» و العماني ٧ و القاضي «٨» و ابنا حمزة «٩» و زهرة «١٠» و الحلبي «١١» و سَلار «١٢» و

الكيدري «١٣» و المحقق في الشرائع في باب الشهادات «١٤». و به قال السيد الخوئي «١٥»، إلا أن ابن إدريس قيده

- (١) جواهر الكلام ٢٨: ٣٥٤-٣٥٥.
- (٢) مسالك الأفهام ٦: ٢٠٦.
- (٣) الحدائق الناضرة ٢٢: ٤٩٩.
- (٤) النهاية للطوسي: ٣٣٤، المبسوط ٨: ١٨٧، الخلاف ٦: ٢٧٢.
- (٥) المقنعة: ٧٢٧.
- (٦) (٦، ٧) مختلف الشيعة ٨: ٥١٩ مسألة ٨٧.
- (٨) المهذب لابن البراج ٢: ٥٥٧.
- (٩) الوسيلة لابن حمزة: ٣٧٢.
- (١٠) غنية النزوع: ٤٤٠.
- (١١) الكافي في الفقه: ٤٣٦.
- (١٢) المراسم العلوية: ٢٣٤.
- (١٣) إصباح الشيعة: ٥٢٩.
- (١٤) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.
- (١٥) منهاج الصالحين ٢: ٢٢٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٦٧

بالمال «١». و تبعه ابن فهد الحلبي «٢». و اختاره في الوسيلة «٣» و تحريرها «٤». و كذا في تفصيل الشريعة «٥». نقول: مقتضى إطلاق الآية «٦» و الأخبار قبول شهادة أهل الذمة في الوصية بالولاية، و من الأخبار:

صحيحة

ضريس الكناسي قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهادة أهل الملل هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملتهم؟ فقال: «لا، إلّا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم، و إن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية؛ لأنّه لا يصلح ذهاب حقّ امرئ مسلم و لا تبطل وصيته» «٧».

و صحيحة

هشام بن الحكم، عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله - عزّ و جلّ -:

(أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ) فقال: «إذا (إن خ ل) كان الرجل في أرض غربة و لا يوجد فيها مسلم جازت شهادة من ليس بمسلم في (على خ ل) الوصية» «٨»..

و غيرها «٩».

و مع ملاحظة التعليل الوارد فيها؛ من أنّ تجوز قبول شهادتهم إنّما نشأ من مراعاة الحقّ عن الذهاب؛ فإنّ هذه العلة موجودة في الوصية بالولاية أيضاً، يلزم

(١) السرائر ٢: ١٣٩.

(٢) المهذب البارع ٤: ٥١١.

(٣) وسيلة النجاة ٢: ١٥٣.

(٤) تحرير الوسيلة ٢: ١٠٤، كتاب الوصية مسألة ٦٣.

(٥) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ٢٠٥-٢٠٦.

(٦) سورة المائدة ٥: ١٠٦.

(٧) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٠ الباب ٢٠ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٨) وسائل الشيعة ١٨: ٢٨٧ الباب ٤٠ من كتاب الشهادات، ح ٣.

(٩) نفس المصدر ١٣: ٣٩٠-٣٩٢ الباب ٢٠ من كتاب الوصايا ح ٣، و ٦ و ٧ و ج ١٨ / ٢٨٧، من كتاب الشهادات.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٦٨

قبول شهادتهم.

و أيضاً وجود المقتضى، و هو تعدد عدول المسلمين المفضى إلى تعدد إثبات الوصية، و كذا ثبوت الوصية بالمال بشهادة أهل الذمة، و إثبات الوصية بالولاية بها يكون بالأولوية، فهذه الوجوه تدل على قبول شهادتهم، و أوجه الوجهين هو الوجه الثانى، و بما أن للوجه الأول أيضاً وجهاً، فيلزم أن لا يترك الاحتياط فى المسألة.

فرع: يستحب الإشهاد على الوصية

قال فى المقنعة: «و ينبغي لمن أراد الوصية أن يشهد عليها شاهدين مسلمين عدلين؛ لئلا يعترض الورثة على الوصى من بعده» (١).

و ظاهر كلامه قدس سره استحباب الإشهاد لا وجوبه.

و فى النهاية: «و من شرط الوصية أن يشهد عليها الموصى نفسين عدلين مرضيين لئلا يعترض فيها الورثة، فإن لم يشهد أصلاً و أمكن

الوصى إنفاذ الوصية، جاز له إنفاذها على ما أوصى به إليه» (٢).

و صدر كلامه قدس سره و إن كان يوهم الاشتراط، إلا أن ذيله قرينه على عدمه.

نعم، يدل كلامه قدس سره على الاستحباب. و به قال ابن إدريس (٣).

و فى جامع للشرائع: «و ليس فى الشرع عقد و لا إيقاع يفتقر صحته إلى الشهادة سوى الطلاق و توبعه» (٤). و كذا فى مجمع الفائدة

«٥»

(١) المقنعة: ٦٦٧.

(٢) النهاية للطوسى: ٦١٢.

(٣) السرائر ٣: ٢٠٧.

(٤) الجامع للشرائع: ٥٤٣.

(٥) مجمع الفائدة و البرهان ١٢: ٥١١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٦٩

و بالجملة: ليس الإشهاد من شرط صحة الوصية إلى الموصى إليه، بل يستحب استحباباً مؤكداً لئلا ينازع الوارث فيها، كما فى التذكرة

«١» و التحرير «٢».

إثبات الوصية بالولاية عند أهل السنة

يستفاد من كلماتهم أنه مع اختلاف الورثة و الوصى فى مورد الوصية، لا تثبت الوصية بالولاية إلا بشهادة عدلين؛ لأنه ذهب الجمهور

منهم إلى أن ما يطلع عليه الرجال غالباً مما ليس بمال ولا يقصد منه المال، كالنكاح والطلاق والوكالة...
والوصاية ونحوها؛ فإنه لا يثبت إلا بشاهدين، ولا تثبت بشاهد ويمين، ولا بشاهد وامرأتين «٣».
ففي التهذيب: الوصاية لا تثبت إلا برجلين عدلين «٤».

وقال الغزالي: «ما عدا الزنا مما ليس بمال ولا يؤول إلى مال، كالنكاح والرجعة والطلاق والعتق... حتى الوصايا والوكالة فيثبت برجلين، ولا يثبت برجل وامرأتين» «٥».
وجاء في البيان: «و أما حقوق الأدميين، فتقسم على ثلاثة أقسام:
أحدها: ما هو مال أو المقصود منه المال، مثل البيع والرهن والضمان...

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٢١، الطبعة الحجرية.

(٢) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٨٤.

(٣) منهاج الطالبين ٣: ٤٤١، البيان في فقه الشافعي ١٣: ٣٣٠، التهذيب في فقه الشافعي ٨: ٢١٨، نهاية المحتاج ٨: ٣١٢، مغنى المحتاج ٤: ٤٤٢، الوجيز ٢: ٢٥٠، حلية العلماء ٨: ٢٧٦، عقد الجواهر الثمينة ٣: ١٥٣، المغنى ١٢: ٧، الشرح الكبير ١٢: ٩٠، حاشية الخرشى ٨: ٥٠، بلغة السالك والشرح الصغير ٤: ١٢١، العزيز شرح الوجيز ١٣: ٤٨، الإقناع ٤: ٤٤٥، كشف القناع ٦: ٥٤٩، الإنصاف ١٢: ٦٨.
(٤) التهذيب في فقه الشافعي ٨: ٢١٨.

(٥) الوجيز ٢: ٢٥٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٧٠

والوصية له و ما أشبهه، فهذا يثبت بشاهدين أو شاهد وامرأتين؛ لقوله - تعالى -:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ﴾ ... الآية «١».

القسم الثاني: ما ليس بمال ولا المقصود منه المال و يطلع عليه الرجال، كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والوكالة والوصية إليه... فلا تثبت إلا بشاهدين، ولا تثبت بشاهد وامرأتين. و به قال الزهري والنخعي ومالك «٢».

وقال الدسوقي: «و دعوى أنه وصي في غير المال، كالنظر في أحوال أولاده أو تزويج بناته، لا تثبت إلا بعدلين. و أما دعوى أنه وكيل أو وصي على التصرف في المال، فإن كان نفع يعود على الوصي أو الوكيل كفى العدل، والمرأتان مع يمين من أحدهما، فإن لم يكن نفع يعود عليه فلا يثبت إلا بعدلين، أو عدل وامرأتين» «٣».

وكذا ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا تقبل شهادة أهل الكتاب في الوصية بالولاية؛ لأن الأصل في الشاهد أن يكون مسلماً، فلا تقبل شهادة الكفار على المسلم؛ لقوله تعالى: (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ) «٤» وقوله: (وَ أَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ) «٥». والكافر ليس بعدل، وليس مناً؛ ولأنه أفسق الفساق و يكذب على الله تعالى، فلا يؤمن منه الكذب على خلقه. و على هذا الأصل جرى مذهب المالكية والشافعية والحنفية «٦»

(١) سورة البقرة ٢: ٢٨٢.

(٢) البيان في فقه الشافعي ١٣: ٣٣٠.

(٣) حاشية الدسوقي ٤: ١٨٧.

(٤) سورة البقرة ٢: ٢٨٢.

(٥) سورة الطلاق ٦٥: ٢.

(٦) أسنى المطالب ٤: ٣٣٩، تبين الحقائق ٤: ٢٢٤، التهذيب في فقه الشافعي ٨: ٢٥٨، منهاج الطالبين ٣: ٤٢٧، البيان ١٣: ٢٧٧، الجامع لأحكام القرآن ٦: ٣٤٩، حلية العلماء ٨: ٢٤٨، مختصر المزني: ٣١١، مغنى المحتاج ٤: ٤٢٧، نهاية المحتاج ٨: ٢٩٢. موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٧١

و جاء في المدونة: قلت: «أ رأيت الرجل إذا هلك في السفر و ليس معه أحدٌ من أهل الإسلام أ تجوز شهادة أهل الكفر الذين معه إن أوصى بوصية؟ قال:

لم يكن مالكٌ يجيز شهادة أحدٍ من أهل الكفر لا في سفر و لا في حضرٍ، و لا أرى أن تجوز شهادتهم. و قال أيضاً: و قد ردّ شهادة أهل الذمة غير واحدٍ من أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه و آله و سلم و التابعين» (١).

و قال في المغنى: «و قال أبو حنيفة و مالك و الشافعي: لا تُقبل شهادة أهل الذمة في الوصية في السفر؛ لأنّ من لا تُقبل شهادته على غير الوصية لا تقبل في الوصية كالفاسق، و لأنّ الفاسق لا تقبل شهادته، فالكافر أولى» (٢). و كذا في الوجيز (٣).

و لكن ذهب الحنابلة إلى أنّه تقبل شهادة أهل الكتاب في الوصية في السفر.

ففي المقنع: «لا تقبل شهادة كافر إلّا أهل الكتاب في الوصية في السفر» (٤).

و جاء في الإقناع: «لا تقبل شهادة كافر و لو من أهل الذمة و لو على مثله، إلّا رجال أهل الكتاب بالوصية في السفر ممّن حضره الموت من مسلم و كافر عند عدم مسلم، فتقبل شهادتهم في هذه المسألة فقط» (٥). و كذا في كشّاف القناع (٦) و المغنى (٧) و الشرح الكبير (٨) و الكافي (٩) و الإنصاف (١٠).

(١) المدونة الكبرى ٥: ١٥٦-١٥٧.

(٢) المغنى ١٢: ٥١، الشرح الكبير ١٢: ٣٥.

(٣) الوجيز ٢: ٢٤٨.

(٤) المقنع لابن قدامة: ٣٤٦.

(٥) الإقناع ٤: ٤٣٦.

(٦) كشّاف القناع ٦: ٥٢٨.

(٧) المغنى ١٢: ٥١.

(٨) الشرح الكبير ١٢: ٣٥.

(٩) الكافي في فقه أحمد ٤: ٢٧١.

(١٠) الإنصاف ١٢: ٣٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٧٢

و جاء في الجامع لأحكام القرآن: «تكون شهادة أهل الكتاب على المسلمين جائزة في السفر إذا كانت وصية، و هو الأشبه بسياق الآيه مع ما تقرّر من الأحاديث. و هو قول ثلاثة من الصحابة الذين شاهدوا التنزيل: أبو موسى الأشعري، و عبد الله بن قيس، و عبد الله بن عباس» (١).

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٦: ٣٤٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٧٣

المبحث الثامن: الرجوع عن الوصية أو استبدالها

إشارة

الوصية سواء كانت بالمال أو بالولاية، عقد جائز من الطرفين، و يجوز للموصى و الوصى الرجوع فيها، و لكن هناك حالات تلزم الوصية فيها و لا يجوز ردها.
و بتعبير آخر: يستثنى من هذه القاعدة- جواز رد الوصية- موارد لا يجوز رد الوصية فيها. و للتحقيق فيه نقسم هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة نذكرها على الترتيب التالي:

المطلب الأول: رجوع الموصى عن الوصية

إشارة

لا خلاف بين الفقهاء فى أنه يجوز للموصى الرجوع فى الوصية بالولاية و غيرها، فلو أوصى إلى رجل بالقيام بامور صغاره جاز له أن يرجع عن ذلك ما دام حياً، و يوصى إلى غيره، و أن يُشرك معه غيره.
كما فى الوسيلة «١» و السرائر «٢» و كشف الرموز «٣» و التحرير «٤» و الدروس «٥» و الروضة «٦» و غيرها «٧»

(١) الوسيلة لابن حمزة: ٣٧٣.

(٢) السرائر ٣: ١٩٢.

(٣) كشف الرموز ٢: ٨٠.

(٤) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٨٣.

(٥) الدروس الشرعية ٢: ٣٢٩.

(٦) الروضة البهية ٥: ٨١.

(٧) غنية النزوع: ٣٠٦، إصباح الشيعة: ٣٥٤، الكافي فى الفقه: ٣٦٦، المختصر النافع: ١٩١، شرائع الإسلام ٢: ٢٤٤، الحدائق الناضرة ٢٢:

٤٠٢، التنقيح الرائع ٢: ٣٦٨، جامع المقاصد ١١: ٢٨٢، مسالك الأفهام ٦: ١٣٥، تحرير الوسيلة ٢: ١٠٢ مسألة ٦٠، مهذب الأحكام ٢٢:

٢٢٩، منهاج الصالحين للسيد الخوئي ٢: ٢٢٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٧٤

ففى المقنعة: «و للموصى أن يستبدل بالأوصياء ما دام حياً، فإذا مضى لسبيله لم يكن لأحد أن يغير وصيته و لا يستبدل بأوصيائه» «١».

و فى النهاية: «و للإنسان أن يرجع فى وصيته ما دام فيه روح، و يغير شرائطها و ينقلها من شىء إلى شىء و من إنسان إلى غيره، و ليس

لأحد عليه فيه اعتراض» «٢».

و فى الشرائع: «الوصية عقد جائز من طرف الموصى ما دام حياً؛ سواء كانت بمال أو ولاية» «٣».

و فى التذكرة: «حكم الوصية بالولاية الجواز من الموصى، فله الرجوع فى وصيته متى شاء، كما كان له الرجوع فى وصيته بالمال، و لا

نعلم فيه خلافاً، فيجوز له الاستبدال بالموصى إليه، و تخصيص ولايته و تعميمها و إدخال غيره معه، و إخراج من كان معه» «٤».

و جاء فى تفصيل الشريعة: «فله أن يرجع فيها ما دام فيه الروح كلاً أو بعضاً من جهة الكمية أو الكيفية، كما أن له تغيير الوصى و

الموصى له و غير ذلك، غاية الأمر أنه لو رجع عن بعض الجهات يبقى غيرها بحاله ... و كما له الرجوع فى الوصية المتعلقة بالمال،

كذلك له الرجوع فى القيم و فى الامور التى يتصدّأها» (٥).

أدلة جواز الرجوع من الوصية

و قد استدلل لهذا الحكم بوجوه:

الأول: الإجماع

(١) المقنعة: ٦٦٩.

(٢) النهاية للطوسى: ٦٠٩.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٤.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٢، الطبعة الحجرية.

(٥) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ٢٠١-٢٠٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٧٥

ففى التذكرة: «إن الوصية عقد جائز من الطرفين، فللموصى الرجوع فى وصيته؛ سواء كانت الوصية بمال أو منفعة أو ولاية، بلا خلاف بين علمائنا فى ذلك» (١).

و فى المسالك: «لا خلاف فى جواز رجوع الموصى فى وصيته ما دام حياً، لأنه ماله و حقه» (٢).

و كذا فى الجواهر، و زاد: «بل الإجماع بقسميه عليه» (٣).

الثانى: أن الوصية من العقود غير اللازمة، فيجوز الرجوع فيها (٤).

الثالث: النصوص المستفيضة:

منها: صحيحة

عبيد بن زرارة قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «للموصى أن يرجع فى وصيته إن كان فى صحته أو مرض» (٥).

و منها: صحيحة

بريد العجلي، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «لصاحب الوصية أن يرجع فيها و يحدث فى وصيته ما دام حياً» (٦).

و كذا غيرهما من النصوص الكثيرة بل المتواترة (٧).

و دلالة الروايات على جواز الوصية من قبل الموصى، و أن من حقه الرجوع عنها و تبديلها متى شاء ثابتة بوضوح.

المطلب الثانى:

إشارة

رجوع الموصى إليه عن الوصية

لا خلاف أيضاً فى أنه لا يجب على الموصى قبول الوصية؛ سواء كانت الوصية

- (١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٤، الطبعة الحجرية.
- (٢) مسالك الأفهام ٦: ١٣٥.
- (٣) جواهر الكلام ٢٨: ٢٦٥.
- (٤) التنقيح الرائع ٢: ٣٦٨.
- (٥) (٥، ٦) وسائل الشيعة ١٣: ٣٨٦ الباب ١٨ من كتاب الوصايا، ح ٣ و ٤.
- (٧) وسائل الشيعة ١٣: ٣٨١-٣٨٩ الباب ١٧-١٩ من كتاب الوصايا.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٧٦
- بالولاية أم غيرها، بل كان بالخيار في القبول و ردّها ما دام الموصى حيّاً بشرط أن يبلغه الردّ «١».
- ففي النهاية: «إذا وصّى الإنسان إلى غيره، كان بالخيار في قبول الوصية و ردّها إذا كان الوصيّ حاضراً و شاهداً، فإن كان الموصى إليه غائباً كان له ردّ الوصية ما دام الموصى حيّاً» «٢». و كذا في المقنعة «٣».
- و قال الصدوق في المقنع: «و إذا أوصى رجل إلى رجل و هو شاهد فله أن يمتنع من قبول وصيته» «٤».
- و في الحدائق: «لا خلاف بين الأصحاب رضى الله عنهم في أن للوصي أن يردّ الوصية ما دام الموصى حيّاً بشرط أن يبلغه ذلك» «٥».

أدلة جواز ردّ الوصية للموصى

و قد استدل لهذا الحكم بأمور:

الأول: الأصل كما في الروضة «٦» و الجواهر «٧». و في المهذب: «الأصل عدم

(١) الوسيلة لابن حمزة: ٣٧٣، الكافي لأبي الصلاح: ٣٦٦، المهذب للقاضي ٢: ١١٧، إصباح الشيعة: ٣٥٦، السرائر ٣: ١٩١، المختصر النافع: ١٩١، شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧، الجامع للشرائع: ٤٩٣، قواعد الأحكام ٢: ٥٦٥، تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٧٩، تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٢، الطبعة الحجرية، الدروس الشرعية ٢: ٣٢٥، كشف الرموز ٢: ٨٠، مسالك الأفهام ٦: ٢٥٥، جامع المقاصد ١١: ٢٨٢، وسيلة النجاة ٢: ١٤٩، تحرير الوسيلة ٢: ٩٠، تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٨٢.

(٢) النهاية للطوسي: ٦٠٧.

(٣) المقنعة: ٦٧٢.

(٤) المقنع: ٤٨٣.

(٥) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٧٤.

(٦) الروضة البهية ٥: ٨١.

(٧) جواهر الكلام ٢٨: ٤١٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٧٧

الوجوب في كلّ ما لم يثبت وجوبه بدليل معتبر» «١».

الثاني: إطلاق الفتاوى بعدم الوجوب و إرساله إرسال المسلمات، و عدم استنكار عدم القبول عند المتشّعة في الجملة، و لو كان واجباً مطلقاً لشاع و بانّ في هذا الأمر العام البلوى «٢».

الثالث: ما ذكره في المسالك من «أن الوصاية إذن للوصي في التصرف المخصوص، فله أن لا يقبل هذا الإذن كالكالة» (٣).

الرابع: الإجماع، كما هو ظاهر التذكرة و المسالك (٤).

الخامس- و هو العمدة:- الأخبار الواردة في هذا المقام، التي تدل بظاهرها عليه:

منها: صحيحة

محمّد بن مسلم- التي رواها المشايخ الثلاثة رضوان الله عليهم- عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إن أوصى رجلٌ إلى رجلٍ و هو غائبٌ فليس له أن يرّد وصيته، و إن أوصى إليه و هو بالبلد فهو بالخيار إن شاء قبل و إن شاء لم يقبل» (٥).
قال في تفصيل الشريعة: «الظاهر أن التفصيل بين الغيبة و الحضور في البلد إنّما هو بملاحظة إمكان بلوغه الرّد و عدمه، و إذا كان الأمر في الغيبة كذلك ففي صورة الموت بطريق أولى» (٦).

و منها: صحيحة

الفضيل بن يسار، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلٍ يوصى إليه، قال: «إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردها، و إن كان في مصر يوجد فيه غيره

(١) مهذب الأحكام ٢٢: ٢١٣.

(٢) مهذب الأحكام ٢٢: ٢١٣.

(٣) مسالك الأفهام ٦: ٢٥٥.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٢، الطبعة الحجرية، مسالك الأفهام ٦: ٢٥٦.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٨ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٦) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٨٣.

موسوعة أحكام الأطلاق و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٧٨

فذاك إليه» (١).

و منها: صحيحة

منصور بن حازم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا أوصى الرجل إلى أخيه و هو غائبٌ فليس له أن يرّد عليه وصيته؛ لأنّه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره» (٢) و كذا غيرها (٣).

هذه الروايات تدل على جواز ردّ الموصى إليه الوصية في حياة الموصي إمّا بالإطلاق أو بالعموم، و على عدم وجوب القبول.

نعم، يستحبّ ذلك لمن يثق من نفسه بالكفاية و الأمانة؛ لأنّه من باب التعاون و التناصر.

قال الفاضل المقداد: «لا كلام أنّه مع عجزه و عدم كفايته لا يجب عليه، بل و لا يستحبّ؛ لعدم حصول الغرض، خصوصاً إذا لم يثق من نفسه بالأمانة؛ فإنّها تحرم قطعاً» (٤).

المطلب الثالث:

إشارة

موارد عدم جواز ردّ الوصية فيها

تمهيد

□ شرع الله تبارك و تعالى الوصية ليتدارك بها المؤمن ما فاته من فعل الخير، و ليتبرع بما تيسر له مما أفاء الله عليه من الثروة و المال، قال- تعالى:- (كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ) «٥» و هكذا شرع الوصية اهتماماً بشئون الأيتام و الصغار.

(١) تهذيب الأحكام ٩: ١٥٩ ح ٦٥٤، و سائل الشيعة ١٣: ٣٩٨ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ٢.

(٢) و سائل الشيعة ١٣: ٣٩٨ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ٣.

(٣) نفس المصدر.

(٤) التنقيح الرائع ٢: ٣٩٢.

(٥) سورة البقرة ٢: ١٨٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٧٩

بتعبير آخر: الإسلام اهتم بأمر الأيتام و الصغار أشد الاهتمام، و لم يتركهم بعد موت آبائهم و امهاتهم سدى و بلا و لى بأى حال من الأحوال، و لذا أوجب قبول الوصية و القيمومة للأطفال، و حرّم ردها على بعض الناس، حيث إنّ جواز ردّ الوصية و عدم قبول قيمومة الصغار فى الموارد التى نتلوها عليك قريباً، كان موجباً لترك الصغار بلا و لى و قيم، و الإضرار بهم و إتلاف أنفسهم و أموالهم، و هذا مما لا يرضى به الشارع الرؤوف بالأيتام و الصغار قطعاً.

و بالجملة: يستثنى من جواز ردّ الوصية موارد لا يجوز فيها الردّ، بل يجب للوصى القيام بها، نذكرها فيما يلى:

الأول و الثانى: عدم جواز ردّ الوصية بالولاية من الموصى إليه بعد موت الموصى، و كذا لا يجوز الردّ إذا كان الردّ فى حال حياة الموصى، و لكن لا يبلغه حتى مات؛ لأنّ جواز ردّ الوصية مشروط بأن يكون الموصى حياً كما تقدّم، فإذا كان بين الموصى و الوصى مسافة و مات الموصى قبل الردّ، أو امتنع الموصى إليه من قبول الوصية فى حال حياته و لكن لم يبلغه خبره حتى مات، لم يكن للردّ أثر و كانت الوصية لازمة، و يجب على الموصى إليه القيام بها. كما فى المقنعة «١» و النهاية «٢» و السرائر «٣» و الشرائع «٤» و غيرها «٥».

و نسبة العلامة فى التذكرة إلى ظاهر كلام الأصحاب «٦». و فى الحدائق

(١) المقنعة: ٦٧٢.

(٢) النهاية للطوسى: ٦٠٧.

(٣) السرائر ٣: ١٨٥ و ١٩١.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

(٥) الكافى فى الفقه: ٣٦٦، الوسيلة لابن حمزة: ٣٧٣، الجامع للشرائع: ٤٩٣.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٢، الطبعة الحجرية.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٨٠

إلى المشهور «١». و بذلك روايات كثيرة:

منها: صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة «٢»؛ لأنّ المراد من قوله عليه السلام:

«و هو غائبٌ فليس له أن يردَّ وصيته»

أنه مات الموصى فى تلك الغيبة قبل أن يُعلمه الوصى بالقبول أو الردّ؛ فإنّه يجب القيام بالوصاية وإن لم يقبل.

و منها: صحيحة الفضيل ٣، و التقريب فيها ما تقدّم فى الصحيحة السابقة؛ بمعنى أنّه مات الموصى بعد البعث و قبل وصول الجواب إليه بالقبول و الردّ.

و حاصله: أنّه إذا أوصى إلى رجل و هو غائبٌ عن البلد ثمّ مات، لزمه القيام بالوصية قبل أو ردّ.

و كذا صحيحة منصور بن حازم ٤.

و يؤيدّه

ما رواه فى الفقه الرضوى: «إذا أوصى رجل إلى رجل و هو شاهد، فله أن يمتنع من قبول الوصية، وإن كان الموصى إليه غائباً، و مات الموصى من قبل أن يلتقى مع الموصى إليه؛ فإنّ الوصية لازمة للموصى إليه» ٥.

و قال فى الحدائق: لو لم يبلغ الردّ الموصى، أو لم يبلغه الخبر إلّا بعد موت الموصى؛ فإنّه ليس له الردّ، بل يجب عليه القبول، و حينئذٍ فالحكم فى هذه الصورة كما فى الصورة الأولى؛ أعنى موت الموصى بعد قبول الوصى؛ فإنّه ليس للوصى الردّ بعد موته اتفاقاً ٦.

و لكن ذهب فى التحرير إلى جواز الرجوع فى حياة الموصى و بعده ٧.

و قال فى المختلف: «أطلق الأصحاب عدم جواز ردّ الوصية إذا لم يعلم الوصى

(١) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٧٦.

(٢) (٢-٨-٩) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٨ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ١-٣.

(٥) الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام: ٢٩٨، مستدرک الوسائل ١٤: ١١٠ الباب ٢٢ من كتاب الوصايا، ح ٢.

(٦) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٧٦.

(٧) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٨٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٨١

بها حتّى يموت الموصى، أو يعلم و يردّ و لما يعلم الموصى بالردّ ... و الوجه عندى:

المصير إلى ذلك إن كان قد قبل الوصية أولها، و إن لم يكن قبلاً و لا-علم، جاز له الرجوع- إلى أن قال: - و قد تبه الشيخ فى المبسوط (١) و مسائل الخلاف (٢) عليه، فقال: إذا قبل الوصية، له أن يردّها ما دام الموصى حيّاً، فإن مات فليس له ردّها.

و استدللّ بإجماع الفرقه، و بأنّ الوصية قد لزمته بالقبول (٣).

و مال إليه المحقق و الشهيد الثانيان (٤).

و استدللّ لهذا الحكم بوجوه:

أ- الأصل؛ أى عدم لزوم الوصية على الموصى إليه.

ب- آية نفى الحرج (٥)، و حديث لا ضرر (٦)؛ بمعنى أن إثبات الوصية و وجوب القيام بها على الوصى على وجه قهريّ ضرر و حرج عليه (٧)، و هما منفيتان بالآية و الحديث.

ج- أن تسليط الموصى على إثبات وصيته على من شاء بحيث يوصى و يطلب من الشهود كتمان الوصية إلى حين موته ممّا ينافى أصول المذهب، و لا يعرف له فى الشرعيات مثل، كما فى جامع المقاصد (٨)

(١) المبسوط للطوسى ٤: ٣٧.

(٢) الخلاف ٤: ١٤٨ المسألة ٢١.

(٣) مختلف الشيعة ٦: ٢٩٩ - ٣٠٠.

(٤) جامع المقاصد ١١: ٢٨٤، مسالك الأفهام ٦: ٢٥٨.

(٥) سورة الحج ٢٢: ٧٨.

(٦) الكافي ٥: ٢٨ ح ٤ و ص ٢٩٤، ح ٨، الفقيه ٣: ٤٥، ح ١٥٤ و ص ١٤٧ ح ٦٤٨، تهذيب الأحكام ٧: ١٤٦، ح ٦٥١ و ص ١٦٤ ح ٧٢٧.

(٧) و الدليلان إنما يدلان على عدم لزوم القيام بالوصية في فرض الحرج و الضرر، و لكن لا يدلان على جواز الرد، فتدبر. م ج ف.

(٨) جامع المقاصد ١١: ٢٨٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٨٢

د- قال في المسالك: هذه الأخبار ليست صريحة في المدعى؛ لتضمنها أن الحاضر لا يلزمه القبول مطلقاً، و الغائب يلزمه مطلقاً، و هو غير محل النزاع.

نعم، في تعليل الرواية المتقدمة- حسنة هشام بن سالم- إيماء إلى الحكم، إلا أن إثبات مثل هذا الحكم المخالف للأصول الشرعية- بإثبات حق الوصاية على الموصى إليه على وجه القهر، و تسليط الموصى على إثبات وصيته على من شاء، بحيث يوصى و يطلب من الشهود كتمان الوصية إلى حين موته، و يدخل على الوصي الحرج و الضرر غالباً- بمجرد هذه العلة المستندة إلى سند غير واضح بعيد، و لو حملت هذه الأخبار على سبق القبول، أو على شدة الاستحباب كان أولى «١».

نقول: كلام الشيخ رحمه الله في المبسوط و الخلاف ليس صريحاً في ذلك، بل أنه قدس سره لم يتعرض للصورة التي لم يقبل الوصي فيها الوصية، أو لم يعلمها حتى مات الموصى، و لعل إطلاق كلامه يشمل كلتا صورتين: القبول و عدمه، حيث قال:

«و ليس له ردها بعد وفاته».

أما الأصل، فلا مورد له لوجود الدليل.

و أما الضرر و المشقة، فإن أراد بالضرر و المشقة مطلق المشقة فلا نسلم أن ذلك موجب للرد، فإن التكاليف كلها ملزومة للمشقة، كما في التنقيح الرائع «٢»، مضافاً إلى أننا نمنع حصول الضرر و الحرج الموجب للرد بمجرد الوصية إليه.

و إن أراد بالضرر و الحرج ما تؤدي إليه الوصية من ضرر ديني، أو دنيوي، أو مشقة لا يتحمل مثلها عادةً، أو لزم من تحملها عليه ما لا يليق بحاله من شتم و نحوه- كما فرضه الشهيد الثاني في آخر كلامه- فذلك داخل في قسم العجز، و سيأتي حكمه، و يجوز له الرجوع دفعاً للضرر عن نفسه أو عرضه.

(١) مسالك الأفهام ٦: ٢٥٨.

(٢) التنقيح الرائع ٢: ٣٩٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٨٣

و أما ما ذكره- أي الشهيد- من أن إثبات هذا الحكم مخالف للأصول الشرعية بإثبات حق الوصاية على الموصى إليه على وجه القهر، فأجاب عنه في الحدائق: ب «أنه إذا ثبت ذلك بالأدلة الصحيحة؛ فإنه يجب تخصيص الأصول التي ذكرها بهذه الأخبار- المتقدمة، و لا تقاوم مع هذه الأخبار- التي عمل بها الأصحاب- و لم يبق حينئذ إلا مجرد الاستبعاد العقلي الذي فرضه- أي الشهيد الثاني قدس سره- و هو غير مسموع في مقابلة الأخبار، سيما مع صحتها و تكاثرها و وضوح دلالتها» «١».

و أما حمل الأحاديث على سبق القبول؛ فإنه غير موجه، لأنه تأويل لا يحتمله لفظ الحديث، لأن الواو في قوله عليه السلام:

«و هو غائب»

للحال، فيقيّد الإيصاء بغيبه الوصي، فلا يتقدّر قبوله قبل الموت بناءً على الظاهر، وإنما يتقدّر لو كان حاضراً فأوصى إليه و قبل ثم سافر و ردّ في غيبته، لكن ذلك لا يحتمله لفظ الحديثين، كما أشار إليه في التنقيح الرائع «٢».

و أما ما ذكره من «أنّ هذه الأخبار ليست صريحة في المدعى، لتضمّنها أنّ الحاضر لا يلزمه القبول مطلقاً، و الغائب يلزمه مطلقاً، و هو غير محلّ النزاع» «٣».

ففيه أولاً: أنّ الغيبه و الحضور كناية عن بلوغ الردّ إلى الموصى و هو حيّ، للإجماع على مدخليه الردّ الذي يبلغ إلى الموصى «٤». و قال ابن زهرة: «لا يجوز للمسند إليه- الموصى إليه- ترك القبول إذا بلغه ذلك

(١) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٧٨.

(٢) التنقيح الرائع ٢: ٣٩٣.

(٣) مسالك الأفهام ٦: ٢٥٨.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤١٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٨٤

بعد موت الموصى، و لا- ترك القيام بما فوّض إليه من ذلك، إذا لم يقبل و ردّ فلم يبلغ الموصى ذلك حتّى مات، بدليل إجماع الطائفة» «١».

فالمراد بالغيبه و الحضور في النصوص إمكان وصول الردّ إليه عرفاً و عدم الإمكان كذلك، و لا موضوعيّة لنفس الغيبه و الحضور من حيث ذاتهما.

و ثانياً: مقتضى التعليل الوارد في صحيحة منصور بن حازم بقوله عليه السلام:

«لأنّه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره» «٢»

أنّ صحّة الردّ مشروطة ببلوغ خبر الردّ إلى الموصى.

و ثالثاً: عدم الصراحة لو سلّم لا ينفي أصل الاستدلال، إذ أكثر الفقه مبني على الظواهر «٣».

و يؤيده فتاوى الأصحاب و ما رواه في فقه الرضوى المتقدّم، حيث ورد في ذيلها

«و إن كان الموصى إليه غائباً، و مات الموصى من قبل أن يلتقى مع الموصى إليه؛ فإنّ الوصية لازمة للموصى إليه» «٤».

و قال في الدروس- بعد نقل كلام العلامة في المختلف: يجوز الردّ إذا لم يعلم بالوصية حتّى مات للخرج و الضرر:- «و لم نعلم له موافقاً عليه... و على ما قلناه من اللزوم بالموت و عدم الردّ، فلا عبرة بقبول الوصي و عدمه، بل العبرة بعدم الردّ الذي يبلغ الموصى، فإن حصل و إلّا التزم» «٥».

و قال المحقّق الفقيه القمي- بعد ما حكى كلام العلامة و الشهيد الثاني ٠ و ما استدلاً به:- «و أنت تعلم أنّ الظهور كافٍ في الاستدلال، و العمومات و الأصل

(١) غنية النزوع: ٣٠٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٨ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ٣.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ٤١٩.

(٤) الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام: ٢٩٨.

(٥) الدروس الشرعية ٢: ٣٢٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٨٥

و غيرهما لا تعارض مع النصوص الخاصة التي عمل بها الأصحاب، خصوصاً مع دعوى الإجماع عليه» (١).

وجاء في المستمسك: و مقتضى تلك الأخبار أنه يجب العمل بالوصية على الموصى إليه إذا لم يرد، أو إذا رد و لكن لم يبلغ الموصى الرد (٢).

و أما ضعف سند رواية منصور بن حازم فغير واضح؛ لأن طريق الصدوق إلى علي بن الحكم صحيح - كما في المشيخة - و علي بن الحكم بن الزبير و علي بن الحكم الأنباري و علي بن الحكم الكوفي الذي وثقه الشيخ متحد، و هم شخص واحد كما صرح بذلك الوحيد البهبهاني (٣) و السيد الخوئي (٤) و العلامة التستري (٥) و ذكروا القرائن للاتحاد، و لم نذكرها للاختصار.

فالأقرب ما ذهب إليه المشهور من أنه لا يجوز للموصى رد الوصية بعد وفاة الموصى؛ سواء مات قبل الرد، أو بعده و لم يبلغه الرد و كانت الوصية لازمة للموصى إليه، و لكن ينبغي أن يستثنى من ذلك ما يستلزم الضرر و الحرج دون غيره، و أما استثناء ما عجز عنه فواضح، كما في الروضة (٦).

و في المهذب: «و المنساق من مجموعها - بعد رد بعضها إلى بعض - أن القبول بحسب الذات من حقوق الاخوة الإيمانية بل الإنسانية؛ لأنه من مصاديق قضاء الحوائج و فرع قبول الهدية و العطيئة، فكما أن قضاء حاجة المؤمن و قبول هديته و عطيته راجحة بحسب الذات، و يتصف بالوجوب تارة و الحرمة اخرى لعوارض

(١) جامع الشتات ٤: ٢٣٣.

(٢) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٣٦.

(٣) تعليقات على منهج المقال: ٢٣١.

(٤) معجم رجال الحديث ١١: ٣٤٤، الرقم ٨٠٨٧.

(٥) قاموس الرجال ٧: ٤٤٧، الرقم: ٥١١٨.

(٦) الروضة البهية ٥: ٨٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٨٦

خارجة، فكذا قبول الوصية، فهو راجح بذاته، و قد يجب إن لزم من ردها ضرر و تضييع حق الموصى، و قد يحرم إن لزم من قبولها ضرر على الوصي» (١).

المورد الثالث: و هو أن لا يستطيع الموصى أن يوصى إلى شخص آخر. و بعد ما عرفت أنه يشترط في جواز الرد في حال الحياة بلوغ الخبر إلى الموصى، يقع الكلام في أنه لو بلغه الخبر، و لكن لم يمكنه إقامة وصي غيره، فهل يكفي في جواز الرد مجرد بلوغ الخبر و إن لم يوجد وصي غيره، أو لا بد من تقييده بإمكان وجود وصي آخر؟

فيه وجهان:

الأول: أنه يكفي مجرد بلوغ الرد إلى الموصى، و لا يشترط في جواز الرد أمر آخر، و هو ظاهر إطلاق الفتاوى، حيث إنها لم تكن مقيدة بتمكن الموصى من إقامة وصي آخر.

الثاني: أنه يشترط - مع بلوغ الرد إلى الموصى - إمكان إقامة وصي غيره.

و به قال في المسالك (٢) و الرياض (٣) و الجواهر (٤). و قال السيد الخوئي: «يجوز للموصى إليه أن يرد الوصية في حال حياة الموصى بشرط أن يبلغه الرد، بل الأحوط اعتبار إمكان نصب غيره له أيضاً» (٥).

و به قال الإمام الخميني «٦». و كذا في تفصيل الشريعة «٧».
و جاء في مباني المنهاج: «هل يجوز الردُّ مع عدم إمكان جعل غيره وصياً؟»

(١) مهذب الأحكام ٢٢: ٢١٣.

(٢) مسالك الأفهام ٦: ٢٥٦.

(٣) رياض المسائل ٩: ٤٩٣.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤١٧.

(٥) منهاج الصالحين للسيد الخوئي ٢: ٢٢٤.

(٦) تحرير الوسيلة ٢: ٩٨ مسألة ٤١.

(٧) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٨٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٨٧

لا يبعد أن يستفاد من نصوص الباب وجوب القبول و عدم جواز الردِّ في هذه الصورة «١».

و بالجملة: هذا هو الظاهر من النصوص:

منها: صحيحة

هشام بن سالم، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يوصى إلى رجل بوصية فيكره أن يقبلها، فقال أبو عبد الله عليه السلام: «لا
يخذه على هذه الحال» «٢».

قال المحدث البحراني: و مقتضاها أنه مع عدم وجود الغير لا يجوز له الردُّ «٣».

نقول: لعل مراده عليه السلام من قوله:

«هذه الحال»

حال عدم وجود الغير، و لكن لا قرينة عليه.

و منها: صحيحة فضيل بن يسار المتقدم؛ لأنَّ قوله عليه السلام فيها:

«و إن كان في مصر يوجد فيه غيره فذاك إليه» «٤».

و كذا قوله عليه السلام في صحيحة منصور بن حازم:

«لأنَّه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره» ٥

ظاهران في تعليق جواز الردِّ على وجود الغير، فلو لم يوجد الغير لقبول الوصية لم يجز له الردُّ.

و نعم ما قال في المسالك بعد نقل الرواية: «فإنَّ العلة المنصوصة تتعدى على الأقوى، و لانتفاء الفائدة بدونه، فعلى هذا لو كان حياً و

لكن لم يمكنه نصب أحد و لو بالإشارة لم يصح الردُّ» «٦».

و الحاصل: أنه إذا كان هناك شخص آخر يمكن أن يجعله وصياً، جاز للوصي ردَّ الوصية، و أمّا إذا لم يكن هناك شخص آخر يقبل

و يتحمّل مسئولية الوصية،

(١) مباني منهاج الصالحين ٩: ٣٢٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٩ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ٤.

(٣) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٨٠.

(٤) (٧ و ٤) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٨ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ٢ و ٣.

(٦) مسالك الأفهام ٦: ٢٥٦.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٨٨

أو كان الأشخاص الذين يمكن أن يوصى إليهم لا يمكن الاعتماد بهم، فالوصية هنا تلزم على الوصي؛ سواء قبلها أم لم يقبلها. أما لو أمكن للموصى نصب وصي آخر و لكن كان المنسوب غائباً، بحيث يتوقف ثبوت وصايته على البيّنة، و لم يحضر الموصى من تثبت به الوصاية، ففي تنزيله منزلة عدم التمكّن من الوصاية و جهان: من حصول أصل القدرة و تحقّق الشرط، و من انتفاء فائدته باعتبار عدم ثبوته «١». و به قال في الجواهر «٢».

المورد الرابع: أن يكون الموصى أباً و قد أوصى إلى ابنه، قال الصدوق في المقنع:

«و إذا دعا رجل ابنه إلى قبول وصيته، فليس له أن يأبى» «٣».

و في الدروس «٤»: «و قال الصدوق إذا أوصى إلى ولده و جب القبول، و كذا إلى أجنبي إذا لم يجد غيره، و هما مرويان قويان» «٥». و يظهر من المختلف الميل إليه في آخر كلامه، حيث قال: «و بالجملة: فأصحابنا لم ينصوا على ذلك، و لا بأس بقوله رحمه الله» «٦». و به قال أيضاً في الوسائل «٧» و مستدرک الوسائل «٨» و الرياض «٩» و الحدائق «١٠». و احتاط وجوباً في تحرير الوسيلة «١١» و كذا في

(١) نفس المصدر: ٢٥٦-٢٥٧.

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٤١٥.

(٣) المقنع: ٤٧٩.

(٤) الدروس الشرعية ٢: ٣٢٦.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٨ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ٢ و ص ٤٠٠ ب ٢٤، ح ١.

(٦) مختلف الشيعة ٦: ٣٦٢.

(٧) وسائل الشيعة ١٣: ٤٠٠ الباب ٢٤ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٨) مستدرک الوسائل ١٤: ١١١ الباب ٢٣.

(٩) رياض المسائل ٦: ٢٧٧.

(١٠) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٧٩.

(١١) تحرير الوسيلة ٢: ٩٨.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٨٩

التفصيل الشريعة «١».

و استدل لهذا الحكم بمكاتبة

على بن الرزيان «رثاب خ ل يه» قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: رجل دعاه والده إلى قبول وصيته، هل له أن يمتنع من قبول وصيته؟ فوقع عليه السلام: «ليس له أن يمتنع» «٢»؛

فإنّ قوله عليه السلام:

«ليس له أن يمتنع»

صريح في أنّه لا يجوز للولد ردّ وصيته والده.

و استدللّ العلماء في المختلف بأن امتناع الولد عن قبول وصية والده نوع عقوق «٣».

و في الرياض: «و هو كذلك- أى لا بأس بقول الصدوق- إن لم ينعقد الإجماع على خلافه، و لا يمكن دعواه- أى الإجماع- بإطلاق عبائر الأصحاب بجواز الردّ مطلقاً؛ لعدم تبادل المقامين «٤» منه جداً» «٥».

و قد أورد على الاستدلال لهذا القول في الجواهر «٤» و المهذب «٧» و غيرهما «٨» إیرادات و أطالوا الكلام فيها، و لكنّ الظاهر أنّه لا ثمره لهذا البحث، حيث إنّه و إن لم يثبت وجوب قبول وصية الأب على الولد بمقتضى الأدلة التي استندوا بها لإثبات هذا القول، لكن لا شكّ في أنّه إن أمر الوالد ولده بأن يقبل وصيته، أو كان عدم قبوله على وجه يؤذيه، يجب عليه قبولها و لا يجوز ردّه قطعاً؛ لأنّ ردّ الوصية

(١) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٨٢.

(٢) وسائل الشريعة ١٣: ٤٠٠ الباب ٢٤ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٣) مختلف الشريعة ٦: ٣٦٢.

(٤) أى في وصية الأب لولده، و للأجنبي إذا لم يوجد غيره.

(٥) رياض المسائل ٦: ٢٧٧.

(٦) جواهر الكلام ٢٨: ٤١٦ و ما بعده.

شيرازى، قدرت الله انصارى و پژوهشگران مركز فقهى ائمه اطهار عليهم ا، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ٤ جلد، مركز فقهى ائمه اطهار عليهم السلام، قم - إيران، اول، ١٤٢٩ ه ق موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها؛ ج ٢، ص: ٥٨٩

(٧) مهذب الأحكام ٢٢: ٢١٤ و ما بعده.

(٨) الفقه للشيرازى، كتاب الوصية: ٣٤٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٩٠

في هذا الحال نوع عقوق للوالد، و هو حرام، كما هو ظاهر بعض النصوص أيضاً، مثل

ما رواه على بن مهزيار قال: كتب أبو جعفر عليه السلام إلى جعفر و موسى: «و فيما أمرتكما من الإسهاد بكذا و كذا نجاة لكما في آخرتكما، و إنفاذ لما أوصى به أبواكما»

الحديث «١».

و هذا يدلّ على أنّ إنفاذ وصية الأب واجب على الولد مطلقاً؛ سواء قبل الولد الوصية أم لا.

المورد الخامس: من الموارد التي لا يجوز ردّ الوصية أن يكون الموصى إليه منحصراً فيه و لم يجد الموصى غيره.

قال الصدوق: «و إذا أوصى رجل إلى رجل فليس له أن يأبى إن كان حيث لم يجد غيره» «٢».

و في المختلف: «و من لم يوجد غيره يتعين عليه؛ لأنه فرض كفاية» «٣».

و في الدروس: «قال الصدوق: إذا أوصى إلى ولده وجب القبول، و كذا إلى أجنبي إذا لم يجد غيره، و هما مرويان قويان» «٤». و كذا في الحدائق «٥» و الرياض «٦».

و الدليل على ذلك مفهوم صحيح الفضيل بن يسار «٧»؛ لأنّ قوله عليه السلام:

«إن كان في مصر يوجد فيه غيره فذاك إليه»

يكون مفهومه هكذا: إن لم يوجد في مصر

- (١) وسائل الشيعة ١٣: ٤١٢ الباب ٣٢ من كتاب الوصايا، ح ٢.
- (٢) حكاية العلامة عنه في مختلف الشيعة ٦: ٣٦١، و لكن لم نجده في المقنع المطبوع.
- (٣) مختلف الشيعة ٦: ٣٦٢.
- (٤) الدروس الشرعية ٢: ٣٢٦.
- (٥) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٧٩.
- (٦) رياض المسائل ٩: ٤٩٢.
- (٧) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٨ و ٣٩٩ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ٢.
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٩١
- غيره لم يجز الردّ و وجب عليه قبول الوصية.

و كذا ظاهر إطلاق صحيحة □
 هشام بن سالم، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يوصى إلى رجلٍ بوصيةٍ فيكره أن يقبلها، فقال أبو عبد الله عليه السلام: «لا
 يخذله على هذه الحال» (١)
 و لعل مراده عليه السلام من
 «هذه الحال»

حالة عدم وجود الغير الذي يوصى إليه.
 و قال في التذكرة: «يجوز الدخول في الوصية، بل يستحبّ، بل قد يجب على الكفاية؛ لأنّ الإيصاء واجب، قال الصادق عليه السلام:
 الوصية حقّ على كلّ مسلم» (٢). و أوصت فاطمة إلى أمير المؤمنين عليهما السلام، و بعده إلى ولديها الحسن و الحسين عليهم السلام»
 «٣»؛ و إذا وجب الإيصاء فلا بدّ من محلّ له و من يجب عليه العمل بالوصية، و إلّا لم يكن مفيداً «٤»

(١) نفس المصدر و الباب: ٣٩٩ ح ٤.

(٢) نفس المصدر ١٣: ٣٥٢ الباب ١ من كتاب الوصايا، ح ٢-٤ و ٤.

(٣) بحار الأنوار ٤٣: ١٨٥.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٤، الطبعة الحجرية.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٩٢

المبحث التاسع: كون الوصي أميناً

إشارة

الظاهر أنّه لا خلاف بين الفقهاء في أنّ الوصي أمين، و لا يضمن ما في يده من أموال الصغار التي صار ولياً عليها من جهة الوصية
 بالولاية إلّا مع التعدي أو التفريط.
 جاء في الشرائع: «الوصي أمين لا يضمن ما يتلف إلّا عن مخالفته لشرط الوصية أو تفريط» (١). و كذا في المختصر النافع (٢) و
 الدروس (٣) و التحرير (٤) و القواعد (٥).

و به قال الشيخ الأعظم «٦» و السادات الفقهاء: الخوئي «٧» و الاصفهاني «٨» و الإمام الخميني «٩». و اختاره في تفصيل الشريعة «١٠». و في السرائر: «و الوصي إذا خالف ما أمر به كان ضامناً للمال» «١١». و في المسالك: «و عتبر - أي المحقق - عن التعدي بمخالفة شرط الوصية؛ فإنه إذا لبس الثوب مثلاً فقد خالف شرط الوصية؛ لأن مقتضاها حفظه للطفل، أو بيعه

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

(٢) المختصر النافع: ١٩١.

(٣) الدروس الشرعية ٢: ٣٢٦.

(٤) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٨١.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٥.

(٦) الوصايا و الموارث، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢١: ١٣٠.

(٧) منهاج الصالحين ٢: ٢٢٣، مباني المنهاج ٩: ٤٠٨.

(٨) وسيلة النجاة ٢: ١٥٠ مسألة ٤٩.

(٩) تحرير الوسيلة ٢: ٩٩ مسألة ٤٨.

(١٠) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٨٩.

(١١) السرائر ٣: ١٩٢.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٩٣

و صرفه في الجهة المأمور بها و نحو ذلك، فاستعماله لا يدخل في شرط الوصية...

هذا إذا لم يتعلّق به غرض يعود على ماله فيه الولاية بحيث لا يتمّ بدونه، كما لو ركب الدائبة لقضاء حوائج الطفل و استيفاء دينه حيث يتوقّف على الركوب» «١».

و جاء في جامع المقاصد: «لا خلاف بين أهل الإسلام في أنّ الوصي أمين، و معناه: أنّه لا يضمن ما بيده من أموال الطفل لو تلف إلّا بتعدّد كما لو لبس الثوب، أو تفريط كما لو قصر في حفظه، أو مخالفة لشرط الوصية كما لو أوصى إليه أن يصرف شيئاً على وجه، فصرفه على وجه آخر؛ لأنّ الوصاية في معنى الوكالة، و لأنّ الوصي نائب عن الأب و الجدّ، و هما أمينان» «٢».

و في الجواهر: «الوصي أمين بلا خلاف أجده فيه» «٣».

و في الحدائق: «ينبغي أن يكون المدار في التعدي و عدمه على مخالفة شرط الوصية و عدمها، فلو ركب الدائبة أو لبس الثوب لا لغرض يعود إلى الطفل أو نفع يترتب عليه، كان ذلك تعدياً... أمّا لو تعلّق بذلك غرض يعود إلى الطفل، كأن يركب الدائبة للمضي في حوائج الطفل من استيفاء دينه، أو جمع حواصله أو نحو ذلك، و لبس الثوب لدفع الضرر عنه باللبس... فإنه لا يكون تعدياً، بل ربما صار في بعض الأفراد واجباً عليه إذا علم حصول الضرر بدون ذلك.

و ظاهر كلامهم أنّ غاية ما يوجب التعدي و التفريط و جوب الضمان مع بقائه على الوصاية، و لا- يوجب ذلك عزله، مع أنّهم قد صرحوا بأنّه إن ظهر منه خيانه و جب على الحاكم عزله، و الظاهر أنّ التعدي و التفريط نوع خيانه أيضاً، إلّا أنّهم لم يصرّحوا بذلك، بل ربما ظهر من كلامهم في الحكم الأوّل عدم كون ذلك خيانه،

(١) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٠.

(٢) جامع المقاصد ١١: ٢٨٥.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٠.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٩٤

فينبغي التأمل في ذلك» (١).

نقول: الظاهر أنّ مخالفة شرط الوصية أو التفريط فيها لا تكون خيانه؛ لأنّ المراد من التفريط التكاثر في أمر الوصية و التهاون فيها، و الخيانة غيرهما.

و بالجملة: لو شك عند إرادة التصرف في أنّه هل هذا تصرف حسب المتعارف أم لا؟ لا يجوز له التصرف إلّا بعد إحراز تحقّقه، فلو عمل و الحال هذه فظهر ضرر أو تلف كان ضامناً.

و أمّا إذا كان المتعارف احتمال الضرر، لكنّ العرف يُقدّم، لم يكن به بأس، كما إذا كانت التجارة بالمال في البعد خطيراً، لكنّ العرف يقدم على ذلك، و إن تلف لم يضمن.

و كذا إذا كان إجراء العملية الجراحية للطفل بموافقة القيمّ أمراً خطيراً، لكنّ الآباء يقدمون على ذلك من باب الأهمّ و المهمّ، صحّ له الإقدام، و لو تلف الطفل لم يضمن، و لو تلف الطفل بدون تعارف الإقدام فهو ضامن لديته.

أدلة عدم ضمان الوصي

و يدلّ على عدم ضمان الوصيّ امور:

الأوّل: إذن الموصي.

بمعنى أنّ إذن الموصي و تسليطه الوصيّ على التصرف فيما أوصى إليه يقتضي عدم ضمانه فيها.

بتعبير آخر: إذن المالكية من طرف الموصي و كذا إذن الشريعة - حيث إنّ

(١) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٨١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٩٥

يجوز له التصرف شرعاً أيضاً - يوجب ذلك، على هذا يكون في تصرفه أميناً (١) فلا يضمن ما يتلف في يده إلّا ما كان عن مخالفته لشرط الوصية أو تفريط، كما هو الحال في كلّ أمين (٢).

و تدلّ على عدم ضمان الأمين أخبار مستفيضة:

منها: صحيحه

محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن العارية يستعيرها الإنسان فتهلك أو تسرق؟ فقال: «لو كان أميناً فلا غرم عليه» (٣).

حيث علّق الإمام عليه السلام الحكم بالأمانة، بمعنى أنّ الأمانة علّة لعدم الضمان.

و منها: مرسله

أبان، عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: و سألته عن الذي يستبضع المال فيهلك أو يسرق، أعلى صاحبه ضمان؟ فقال: «ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً» (٤).

قال الشيخ الفقيه الفاضل اللكراني دام ظلّه في شرح الحديث: «و مقتضى تعليق الحكم بعدم الغرامة - في الجواب على كون الرجل أميناً - ثبوت الحكم في جميع موارد ثبوت الأمانة، و لو في غير مورد السؤال، من دون فرق بين أن تكون الأمانة مالكية أو شرعية» (٥).

و منها: رواية

مسعدة بن زياد، عن جعفر بن محمد، عن أبيه عليهما السلام «أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: ليس لك أن تتهم من قد ائتمنته، ولا تأتمن الخائن

□

(١) و المراد من الأمين هو أن يكون مال الغير فى يده بإذن المالك، أو من الله من غير خيانه له بالنسبة إلى ذلك المال، من فعل أو ترك يوجب تلفه أو نقصاً فيه. القواعد الفقهية للمحقق البجنوردى ٢: ١٣.

(٢) الاقتباس من الجواهر ٢٨: ٤٢٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢٣٧ الباب ١ من كتاب العارية، ح ٧.

(٤) نفس المصدر ١٣: ٢٢٨ الباب ٤ من كتاب الوديعة، ح ٥.

(٥) القواعد الفقهية للشيخ الفقيه الفاضل اللكرانى: ٢٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٩٦

و قد جربته «١»،

و كذا رواية اخرى لمسعدة بن زياد «٢».

و منها: ما روى عن علي عليه السلام أنه قال: «ليس على مؤتمن ضمان» «٣».

و منها: الخبر المعروف بينهم

«ليس على الأمين إلا اليمين» «٤».

□

و لذلك قام الإجماع على أن الأمين لا يضمن؛ فإن الفقهاء رضوان الله عليهم يستندون لعدم الضمان فى موارد عديدة بأنه أمين، و يرسلونه إرسال المسلمات من غير إنكار لأحد، فكان هذه كبرى مسلمة عند الكل، و هى أن الأمين لا يضمن «٥»، و لا خلاف فيه بينهم.

الثانى- و هو العمدة:- النصوص المستفيضة الواردة فى الباب، و هى على ثلاث طوائف:

الاولى: التى تدل على أنه لو أفرط أو فرط الوصى فى المال الموصى به فهو ضامن، و إلا فلا يضمن.

١- مثل صحيحه

محمد بن مسلم- التى رواها المشايخ الثلاثة عطر الله مراقدهم- قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل بعث بركاه ماله لتقسيم فضاقت، هل عليه ضمانها حتى تقسم؟ فقال: «إذا وجد لها موضعاً فلم يدفعها فهو لها ضامن- إلى أن قال:- و كذلك الوصى الذى يوصى إليه يكون ضامناً لما دفع إليه إذا وجد ربه الذى أمر بدفعه إليه، فإن لم يجد فليس عليه ضمان» «٦».

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٢٩ الباب ٤ من كتاب الوديعة، ح ١٠.

(٢) نفس المصدر: ٢٣٧ الباب ١ من كتاب العارية، ح ١٠.

(٣) دعائم الإسلام ٢: ٤٩١ ح ١٧٥٥، مستدرک الوسائل ١٤: ١٦، ح ٤.

(٤) القواعد الفقهية للمحقق البجنوردى ٢: ١١، و لم نجده فى المصادر الحديثية.

(٥) نفس المصدر.

(٦) وسائل الشيعة ١٣: ٤١٧ الباب ٣٦ من كتاب الوصايا، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٩٧

وجه الدلالة: أنه من كان أميناً لا يضمن فيما بيده من الأموال إلّا إذا وجد صاحبها الذى امر بدفعه إليه فهو له ضامن؛ لأنه فرط فى دفع المال إلى صاحبه، فإذاً يكون ضامناً.

٢- صحيحة

□
الحلبى، عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال فى رجل توفى فأوصى إلى رجل، و على الرجل المتوفى دينٌ، فَعَمَدَ «١» الذى أوصى إليه فعزل الذى للغرماء فرفعه فى بيته، و قسم الذى بقى بين الورثة، فسِيرَقَ الذى للغرماء من الليل، ممّن يؤخذ؟ قال: «هو ضامن حين عزله فى بيته، يؤدى من ماله» «٢».

لأنه عليه السلام علل الضمان بعزل الوصى الزكاة فى بيته و لم يؤدّها للغرماء، فكأنه أفرط فى تنفيذ الوصية، فهو ضامن و يؤدى من ماله.

الطائفة الثانية: و هى التى تدلّ على الضمان مطلقاً؛ سواء كان بتعدّد و تفريط أم لا.

١- مثل صحيحة

إسماعيل بن سعد الأشعري، عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال:
سألته عن مال اليتيم هل للوصى أن يعينه أو يتجر فيه؟ قال: «إن فعل فهو ضامن» «٣».
حيث تدلّ بوضوح على الضمان مطلقاً.

٢- و صحيحة

□
الحلبى، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قلت له: فى مال اليتيم عليه زكاة؟ فقال: «إذا كان موضوعاً فليس عليه زكاة، فإذا عملت به فأنت له ضامن و الربح لليتيم» «٤».
و المراد بالعامل هو الوصى أو أمين الحاكم؛ لأنّ الرواية فى مورد اليتيم، و هى منصرفه عن الجدّ.

(١) عَمَدْتُ إليه: قصدتُ، المصباح المنير: ٤٢٨، مادّة عمد.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٤١٨ الباب ٣٦ من كتاب الوصايا، ح ٢.

(٣) نفس المصدر ١٣: ٤١٨ الباب ٣٦ من كتاب الوصايا، ح ٥.

(٤) نفس المصدر ٦: ٥٤ الباب ١ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٩٨

٣- و مرسله

□
أبان قال: سألت أباً عبد الله عليه السلام عن رجلٍ أوصى إلى رجلٍ أنّ عليه ديناً؟ فقال: «يقضى الرجل ما عليه من دينه، و يقسم ما بقى بين الورثة» قلت: فسرق ما أوصى به من الدين ممّن يؤخذ الدين أم من الورثة أم من الوصى؟
قال: «لا يؤخذ من الورثة و لكن الوصى ضامن لها» «١».

و كذا خبر عبد الله الهاشمى ٢ و خبر منصور الصيقل «٣» و غيرها «٤».

و يستفاد من هذه الأخبار أنّ الوصى ضامن للمال مطلقاً، و لكن يحمل ذلك على ما إذا فرّط أو أفرط، كما فى الرياض «٥» و الجواهر «٦».

و يؤيدّه

□
ما رواه فى دعائم الإسلام عن أبى عبد الله عليه السلام أنّه قال: «إذا اتّجر الوصى بمال اليتيم لم يجعل له فى ذلك فى الوصية، فهو ضامن لما نقص من المال و الربح لليتيم» «٧».

الطائفة الثالثة: الأخبار التي تدلّ على أنّ الوصيّ ضامن بتبديله الوصية و تغييرها، و هي أيضاً مستفيضة بنفسها:

منها: صحيحة

□
محمد بن مارد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ أوصى إلى رجلٍ و أمره أن يعتق عنه نسمةً بستمئة درهم من ثلثه، فانطلق الوصيّ فأعطى الستمئة درهم رجلاً يحجّ بها عنه؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: «أرى أن يغرم الوصيّ ستمئة درهم من ماله و يجعلها فيما أوصى الميت في نسمة» (٨).

(١) (١، ٢) نفس المصدر ١٣: ٤١٨ الباب ٣٦ من كتاب الوصايا، ح ٣، ٤.

(٣) نفس المصدر ٦: ٥٨ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ٧.

(٤) نفس المصدر ١٢: ١٩٠-١٩١ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢، ٣، ٤.

(٥) رياض المسائل ٩: ٤٩٦.

(٦) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٢.

(٧) دعائم الإسلام ٢: ٣٦٤، ح ١٣٢٧.

(٨) وسائل الشيعة ١٣: ٤١٩ الباب ٣٧ من كتاب الوصايا، ح ١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٥٩٩

فإنّ الضمان من جهة تبديل الوصية و تغييرها.

و منها: صحيحة

□
سعيد الأعرج، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن رجلٍ يوصى بنسمةٍ فيجعلها الوصيّ في حجة؟ قال: فقال: «يغرمها و يقضى وصيته» (١).

و منها: خبر

□
أبي سعيد، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن رجلٍ أوصى بحجةٍ فجعلها وصيةً في نسمة؟ فقال: «يغرمها وصيةً و يجعلها في حجةٍ كما أوصى به، فإنّ الله - تبارك و تعالى - يقول: (فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأَنَّمَا إِنَّمَا عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ)» (٢) «٣».

و كذا خبر علي بن زيد «فرقد كا» (٤). و المستفاد من هذه الطائفة: أنّ الوصيّ قد تعدّى عن الوصية؛ لأنّ المدار في التعدّي و عدمه

على مخالفة الوصية و عدمها، و من التعدّي تبديل الوصية؛ و كأنّ المحقّق في الشرائع (٥) أراد بمخالفة شرط الوصية ما يشمل التعدّي.

و جاء في القواعد: «الوصيّ أمين لا يضمن ما يتلف إلا بتعدّد أو تفريط أو مخالفة لشرط الوصية» (٦).

و قال المحقّق الثاني في شرحه: «و لو اقتصر المصنّف على التعدّي لأغنى عن الباقيين؛ لأنّ المفرد متعدّد» (٧).

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٢٠ الباب ٣٧ من كتاب الوصايا، ح ٣.

(٢) نفس المصدر، ح ٥.

(٣) سورة البقرة ٢: ١٨١.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٤٢٠ و ٤١٩ الباب ٣٧ من أحكام الوصايا، ح ٢.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

(٦) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٥.

(٧) جامع المقاصد ١١: ٢٨٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٠٠

و فى المسالك: «و عتبر- أى المحقق- عن التعدى بمخالفة شرط الوصية» (١).

فهذه الطائفة من الأخبار أيضاً تحمل على أن الوصى قد تعدى فى الأموال فيكون ضامناً؛ لأن عدم ضمان الوصى مشروط بعدم التعدى و التفريط.

فرع

إذا ضمّن الوصى مال اليتيم؛ بأن أتلّفه بالتعدى أو التفريط، أو أنفق عليه أزيد من المعروف، أو بتبديله الوصية و تغييرها، فالواجب عليه أن يدفعه إلى الحاكم.

قال فى التذكرة: «لا يبرأ عن ضمانه حتى يدفعه إلى الحاكم ثم يرده الحاكم عليه إن ولّاه، و أمّا الأب فيبرأ من ضمان ما أتلّفه بقبض مال الضمان من نفسه لولده» (٢).

نقول: لم يظهر لنا وجه واضح لهذا الحكم؛ لأن ولاية الوصى إنما نشأت من ولاية الأب أو الجد، فإذا قال الأب: أوصيت إليك جميع امور أولادى، يكون القبض لمال الضمان من أحد هذه الامور، و الفرض أن غاية ما يوجب التعدى و التفريط هو وجوب الضمان، و لا يوجب ذلك عزله، و يبقى ولايته فى مورد الوصاية، فلما ذانحكم بوجوب دفعه المال إلى الحاكم حتى يرد الحاكم إليه ثانياً. و لعل مراده قدس سره أن مورد الوصاية لا يشمل مثل هذا المورد و منصرف عنه؛ بأن يوصى الأب للوصى أن يأخذ ما أتلّفه نفسه بالإفراط أو التفريط، فإذن لا ولاية للموصى إليه بقبض مال الضمان.

(١) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٠.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١١، الطبعة الحجرية.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٠١

المبحث العاشر: الحاكم وصى لمن لا وصى له

إشارة

لا خلاف بين الفقهاء، بل الإجماع على أنه لو مات شخص و لم يوص إلى أحد، و كان له أموال و أطفال، و كذا لو مات الوصى و لم يأذن له الموصى أن يوصى، كان النظر فى تركته للحاكم الشرعى، و هو الذى يعين القيم حتى يحفظ أموال الأطفال، و يفعل ما كان مصلحة لهم من البيع و الشراء و المضاربة و الإنفاق عليهم و غيرها، و كذلك ذهب مشهور الفقهاء، بل كلهم إلّا قليلاً منهم (١) إلى أنه لو لم يكن ثم حاكم يجب على العدول من المؤمنين كفاية أن ينظروا فى امور الأطفال و يتولونهم فى ذلك.

جاء فى المقنعة: «فإن مات- أى الوصى- كان الناظر فى امور المسلمين يتولى إنفاذ الوصية على حسب ما كان يجب على الوصى أن ينفذها، و ليس للورثة أن يتولوا ذلك بأنفسهم، و إذا عدم السلطان العادل- فيما ذكرناه من هذه الأبواب- كان لفقهاء أهل الحق العدول من ذوى رأى و العقل و الفضل أن يتولوا ما تولاه السلطان، فإن لم يتمكنوا من ذلك فلا تبعه عليهم فيه» (٢).

و به قال فى النهاية (٣) و الوسيلة (٤) و الكافي (٥) و الشرائع (٦) و المختصر النافع (٧)

(١) و هو ابن إدريس فى السرائر ٣: ١٩٤، حيث قال: «فلا يجوز لمن ليس بفقهاء تولّى ذلك بحال، فإن تولاه فإنه لا يمضى شىء ممّا

يفعله، لأنه ليس له ذلك».

(٢) المقنعة: ٦٧٥.

(٣) النهاية للطوسي: ٦٠٨.

(٤) الوسيلة لابن حمزة: ٣٧٤.

(٥) الكافي في الفقه: ٣٦٦.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

(٧) المختصر النافع: ١٩١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٠٢

و الإرشاد «١» و المهذب «٢».

و هكذا قال به جماعة من المتأخرين «٣».

ففى جامع المقاصد: «إنّ الولاية بالأصالة على الطفل ثابتة لأبيه ثم لجده...»

و مع عدم الجميع فالحاكم، و المراد به الإمام المعصوم عليه السلام أو نائبه الخاص، و فى زمان الغيبة النائب العام، و هو المستجمع لشرائط الفتوى و الحكم ... فإن فقد الكل فهل يجوز أن يتولّى النظر فى تركة الميت من المؤمنين من يوثق به ... يستفاد الإذن فيه من دلائل الأمر بالمعروف «... ٤».

و فى المسالك: «فإن فقد الجميع، فهل يجوز أن يتولّى النظر فى تركة الميت من المؤمنين من يوثق به؟ قولان: أحدهما المنع، ذهب إليه ابن إدريس ... و الثانى و هو مختار الأكثر ... الجواز» «٥».

و قد أشبعنا الموضوع بذكر الأقوال و بيان الأدلة فى البحث عن ولاية الحاكم و عدول المؤمنين على أموال الصغار مفضلاً، و لا تفاوت بين المسألتين فلا نعيدها خوفاً من التطويل «٦».

و يترتب على هذا الحكم أنّه إن ظهر من الموصى إليه عجز أو ضعف فى القيام بالوصية، كان للناظر فى امور المسلمين أن يقيم معه أميناً قوياً ضابطاً يعينه

(١) إرشاد الأذهان ١: ٤٦٤.

(٢) المهذب البارع ٣: ١١٨.

(٣) الروضة البهيّة ٥: ٧٨، التنقيح الرائع ٢: ٣٩٨، الحقائق الناضرة ٢٢: ٥٨٩، رياض المسائل ٩: ٥٠٩، جواهر الكلام ٢٨: ٤٣٠، كتاب الوصايا ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢١: ١٣١.

(٤) جامع المقاصد ١١: ٢٦٦.

(٥) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٥.

(٦) راجع الفصل العاشر من الباب الرابع، المبحث الأوّل و الرابع.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٠٣

على تنفيذ الوصية، و لم يكن له عزله لضعفه «١».

و أمّا إذا ظهر منه خيانة بعده- أى بعد موت الموصى- عزله الحاكم و أقام أميناً مقامه.

و كذا لو جُنّ أو أُغْمى عليه ٢، و كذا لو تغيّر حاله بالفسق، عزله الحاكم و أقام غيره مقامه على قول بعضهم «٣».

قال فى التذكرة: «إذا أوصى إلى من اجتمعت فيه الشروط فتغيّرت حالة الموصى إليه، فإن كان لضعف من كبر أو مرض، لم تخرج

ولايته بذلك عنه و يضمّ الحاكم إليه من يشاركه في النظر و يساعده عليه، احتياطاً للموصى عليهم.

و إن تغيرت حاله بفسق، فإن كان قبل موت الموصى، فإن قلنا: تشترط العدالة عند الوصاية بطلت وصيته، و إن لم يشترط و تجددت العدالة حالة الموت صحّت ولايته، و إلّا بطلت.

و إن كان تغيره بعد موت الموصى، إمّا لتعدّيه في المال أو لغير ذلك بطلت ولايته و انزل عن النظر، و يكون النظر إلى الحاكم أو نائبه، و إلّا تولّاه بعض

(١) (١، ٢) المقنعة: ٦٦٩، النهاية للطوسى: ٦٠٧، السرائر ٣: ١٩٢، المهذب لابن البرّاج ٢: ١١٧، الكافي في الفقه: ٣٦٦، الوسيلة لابن حمزة: ٣٧٣، شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧، تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٢، الطبعة الحجرية.

(٣) قال المحقّق في الشرائع ٢: ٢٥٥: «هل يعتبر العدالة- أى من الوصيّ-؟ قيل: نعم؛ لأنّ الفاسق لا أمانة له. و قيل: لا؛ لأنّ المسلم محلّ الأمانة، كما في الوكالة و الاستيداع، و لأنّها ولاية تابعة لاختيار الموصى فيتحقّق بتعيينه».

و جاء في تحرير الأحكام ٣: ٣٧٧ «اختيار الشيخ أنّ العدالة شرط فلا تصحّ الوصية إلى الفاسق و إن كان مؤمناً» و منعه ابن إدريس- «السرائر» ٣: ١٨٩- و قال: عندي فيه نظر. و قال في المختلف ٦: ٣٥١-٣٥٢: شرط الشيخ في المبسوط- ٤: ٥١- و المفيد في المقنعة: ٦٦٨... عدالة الوصيّ، و منعوا من الوصية إلى الفاسق- إلى أن قال: - و الأقرب عدم الاشتراط؛ لأنّها نيابة، فتتبع اختيار المنوب، كالوكالة. نعم، إنّه مستحبّ.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٠٤

المؤمنين مع تعدّد الحاكم و نائبه؛ لزوال الشرط» (١).

و في تحرير الوسيلة «لو ظهرت خيانة الوصيّ، فعلى الحاكم عزله و نصب شخص آخر مكانه، أو ضمّ أمين إليه حسب ما يراه من المصلحة، و لو ظهر منه العجز عن الاستقلال ضمّ إليه من يساعده. و أمّا إن عجز عن التدبير و العمل مطلقاً- بحيث لا يرجى زواله كالهرم و الخرف- فالظاهر انزاله، و على الحاكم نصب شخص آخر مكانه» (٢).

و كذا في تفصيل الشريعة، و أضاف بأنّ في الفرع الثالث- أى صورة عجز الوصيّ عن التدبير مطلقاً- فقدان ما هو المعتبر في صحته جعله وصياً يوجب أن ينزل الوصيّ بنفسه، و لا حاجة إلى عزل الحاكم في هذه الصورة، بل اللّازم عليه نصب شخص آخر مكانه (٣). ثمّ إنّه على تقدير اشتراط العدالة في الوصيّ لو نصب عدلاً، ثمّ ظهر فسقه، و كذا على القول بعدم اشتراط العدالة لو اوصى إلى العدل من حيث كونه عدلاً، ثمّ ظهر منه الفسق بعد موت الموصى، فهل يبطل وصايته؟ فمن قال باعتبار العدالة ابتداءً أبطل الوصية هنا، لفوات شرط الوصية، و من لم يقل باعتبارها ابتداءً أبطل به هنا؛ لأنّه ربما كان الركون إليه بالإيصاء في الابتداء و ثوقاً بعدالته، و قد زالت.

و لا تعود ولايته لو عادت العدالة؛ لزوالها شرعاً.

و في الجواهر في الأمر الثاني «٤»: «ينبغي الجزم به ... بلا خلافٍ أجده فيه،

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١١، الطبعة الحجرية.

(٢) تحرير الوسيلة ٢: ٩٩، كتاب الوصية مسألة ٤٦.

(٣) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٨٨.

(٤) الإيصاء إلى العدل بوصف كونه عدلاً.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٠٥

بل عن المهذب و شرح الصيمرى الإجماع عليه «١» إلما من الحلّى «٢...» لعدم مقتضيها، ضرورة كون عبارة النصب له من حيث العدالة، فمع فسقه لم تشمله عبارة النصب، فلا يكون وصياً «٣».

و جاء فى جامع المقاصد: «كأنه لا خلاف فى ذلك عندنا؛ لأنّ الموصى إنّما أوصى إليه بهذا الوصف، و ربما كان هو الباعث الأصلي على التفويض إليه، و قد فات. و ينزل من حين الفسق و إن لم يعزله الحاكم لوجود المانع» «٤». و به قال أيضاً فى المسالك «٥».

آراء فقهاء أهل السنّة فى المقام

اتفق فقهاء أهل السنّة فى أنّه إن تغيّرت حال الوصىّ لضعف أو كبر أو مرض لم يعزله الحاكم، بل يضمّ إليه أميناً يعاونه، و اختلفوا فى أنّه هل كانت العدالة شرطاً فى الوصىّ حتّى إذا فسق عزله، أم لا يشترط فيه ذلك؟ فأليك نصّ بعض كلماتهم:
أ- الشافعية

ففى المهذب: «و إن وصّى إلى رجل فتغيّر حاله بعد موت الموصى، فإن كان لضعف ضمّ إليه معين أمين، و إن تغيّر بفسق أو جنون بطلت الوصية إليه و يقيم الحاكم من يقوم مقامه» «٦». و كذا فى المجموع «٧»

(١) المهذب البارع ٣: ١١٦، غاية المرام ٢: ٤٤١.

(٢) السرائر ٣: ١٩٨.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ٣٩٦.

(٤) جامع المقاصد ١١: ٢٧٧.

(٥) مسالك الأفهام ٦: ٢٤٣.

(٦) المهذب فى فقه الشافعى ١: ٤٦٣.

(٧) المجموع شرح المهذب ١٦: ٤٣١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٠٦

و فى البيان: «فإن أوصى إلى من جمع الشرائط ثم تغيّرت حال الوصىّ بعد موت الموصى، فإن تغيّر لضعف عن الحساب أو الحفظ لم ينزل بذلك، بل يضمّ إليه الحاكم أميناً يعاونه؛ لأنّ الضعف لا ينافى الولاية، بدليل أنّ الأب و الجدّ يليان مال ولدهما و إن كان فيهما ضعف. و لو كان الحاكم هو الذى نصب الأمين فضعف فله عزله؛ لأنّ نصبه. و إن فسق الوصىّ أو جنّ انزل عن الوصية؛ لأنّ الفسق و الجنون ينافيان الولاية» «١». و مثل ذلك فى الوجيز «٢» و العزيز «٣» و مغنى المحتاج «٤».

ب- الحنابلة

فقد جاء فى المغنى: «إذا كان الوصىّ فاسقاً فحكمه حكم من لا وصىّ له، و ينظر فى ماله الحاكم، و إن طرأ فسقه بعد الوصية زالت ولايته و أقام الحاكم مقامه أميناً، هذا اختيار القاضى، و هو قول الثورى و الشافعى و إسحاق، و على قول الخرقى لا تزول ولايته و يضمّ إليه أمين ينظر معه... و إذا تغيّرت حال الوصىّ بجنون أو كفر أو سفه زالت ولايته و صار كأنه لم يوص إلى، و يرجع الأمر إلى الحاكم، فيقيم أميناً ناظراً للميت فى أمره و أمر أولاده» «٥».

و كذا فى الكافى «٦» و الإقناع «٧» و كشاف القناع «٨» و الإنصاف «٩»

(١) البيان فى فقه الشافعى ٨: ٣٠٦.

(٢) الوجيز ١: ٤٦١.

(٣) العزيز شرح الوجيز ٧: ٢٧١ و ما بعده.

(٤) مغنى المحتاج ٣: ٧٥.

(٥) المغنى ٦: ٥٧٢-٥٧٣ و الشرح الكبير: ٥٨٥.

(٦) الكافي فى فقه أحمد ٢: ٢٩١.

(٧) الإقناع ٣: ٧٩.

(٨) كشاف القناع ٤: ٤٧٨.

(٩) الإنصاف ٧: ٢٧٥.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٠٧

و فى المبدع: «تصحّ - أى الوصية- إلى الفاسق و يضمّ الحاكم إليه أميناً ... جمعاً بين نظر الموصى و حفظ المال» «... ١».

ج- الحنفية

جاء فى البحر الرائق: «و من عجز عن القيام ضمّ إليه غيره؛ لأنّ فى الضمّ رعاية الحقّين: حقّ الوصيّ و حقّ الورثة؛ لأنّ تكميل النظر

يحصل به؛ لأنّ النظر يتمّ بإعانة غيره» «٢».

و كذا فى البناية «٣» و أحكام الصغار «٤».

د- المالكية

فقد جاء فى حاشية الخرشى: «إنّ الفسق إذا طرأ على الوصيّ؛ فإنّه ينعزل عن الإيضاء على المشهور؛ إذ يشترط فى الوصى العدالة

ابتداءً و دواماً» «٥».

و فى عقد الجواهر الثمينة: «و لو ولى العدل ثمّ طرأ الفسق عليه وجب عزله عنها» «٦» أى وجب على الحاكم عزله.

و كذا فى حاشية الدسوقى «٧» و مواهب الجليل «٨»

(١) المبدع شرح المقنع ٦: ١٠١.

(٢) تكملة البحر الرائق ٩: ٣١١.

(٣) البناية ١٢: ٦٣٦.

(٤) أحكام الصغار: ٣٧١-٣٧٢.

(٥) حاشية الخرشى ٨: ٥٠٥.

(٦) عقد الجواهر الثمينة ٣: ٤٢٨.

(٧) حاشية الدسوقى ٤: ٤٥٣.

(٨) التاج و الإكليل مع مواهب الجليل ٨: ٥٥٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٠٨

المبحث الحادى عشر: فروع حول الوصية للحمل

إشارة

قد تقدّم- في الفصل السادس من الباب الأوّل تحت عنوان حقوق الحمل- صحّة الوصيّة له و بيان شرائطها و بقيت فروع لم نتعرّض لها هناك، و حيث إنّها ترتبط بباب الوصيّة فناسب ذكرها في هذا الفصل، و هي ما يلي:

الأوّل: قال في القواعد: «لو أوصى لحمل فأنت به لأقلّ من ستّة أشهر استحقّ- أى الموصى به- فإن ولدت آخر لأقلّ من ستّة أشهر من ولادة الأوّل شاركه، لتحقّق وجوده وقت الوصيّة» (١).

و قال المحقّق الثانی في شرحها: «و ذلك لأنهما حمل واحد إجماعاً، و لا فرق في ذلك بين أن يكون فراشاً أو لا. و لو جاءت بالثانی لستّة أشهر فما زاد لم يشارك؛ لإمكان تجدّده، و لا يخفى أنّ ذلك إنّما يتصوّر إذا لم يتجاوز مجموع المدّتين أقصى (٢) مدّة الحمل» (٣).

و في التذكرة: «و لو ولدت أحد التوأمين لأقلّ من ستّة أشهر، ثمّ ولدت الثاني لأقلّ من ستّة أشهر من الولادة الأولى صحّت الوصيّة لهما و إن زاد ما بين الثاني و الوصيّة على ستّة أشهر و كانت المرأة فراشاً؛ لأنهما حمل واحد إجماعاً» (٤). و كذا في الرياض (٥)، و الحكم واضح لا خلاف فيه.

(١) قواعد الأحكام ٢: ٤٥٣.

(٢) يجيء التحقيق في مسألة أقصى مدّة الحمل في الباب السادس ذيل البحث عن إلحاق الولد بأبيه «الولد للفراش» فانتظر.

(٣) جامع المقاصد ١٠: ٨٧.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٦١ الطبعة الحجرية.

(٥) رياض المسائل ٦: ٢٣٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٠٩

و به قال فقهاء أهل السنّة (١)، ففي الوجيز في فقه الشافعية: «فلو أوصى لحمل، جاز بشرط أن ينفصل حيّاً لوقت يعلم وجوده عند الوصيّة، و هو لما دون ستّة أشهر. فإن كان لما فوقه، و المرأة ذات زوج، لم يستحقّ؛ لظهور طريان العلوق، و إن لم يكن فأظهر الوجهين أنّه يستحقّ، إلّا أن يجاوز أربع سنين؛ لأنّ طريان و طء الشبهة بعيد» (٢).

و كذا في منهاج الطالبين (٣) و الحاوي الكبير، و أضاف بأنّه «و إن وضعته لأكثر من ستّة أشهر من وقت الوصيّة و لأقلّ من أربع سنين، فإن كانت ذات زوج أو سيّد يمكن أن يطأها فحدث، فالوصيّة باطلة؛ لإمكان حدوثه فلم يستحقّ بالشكّ، و إن كانت غير ذات زوج أو سيّد يطأ، فالوصيّة جائزة؛ لأنّ الظاهر تقدّمه، و الحمل يجرى عليه حكم الظاهر في اللقوق، فكذلك في الوصيّة» (٤).

الفرع الثاني: قال الشيخ في المبسوط: «إن أوصى فقال: إن كان الذي في بطنها ذكراً فله ديناران، و إن كان انثى فله دينار، فإن أتت بذكر فله ديناران، و إن أتت بانثى فله دينار، و إن أتت بهما فلا شيء لهما. و الفرق بين هذه و بين الأولى حيث قال: إن كان في بطنها ذكر فله ديناران، و إن كان انثى فله دينار، و قد كان ذكر و انثى، و ليس كذلك هاهنا؛ لأنّه ... أراد إن كان كلّ الذي في بطنها ذكراً أو كلّ الذي في بطنها انثى و ما وجد تلك الصفة؛ لأنّه كان كلّ ذكراً و انثى» (٥). و كذا

(١) بدائع الصنائع ٦: ٤٣١، تبين الحقائق ٦: ١٨٦، المقنع: ١٧١، المغنى ٦: ٤٧٤ و الشرح الكبير ٦: ٤٧٤، كشاف القناع ٤: ٤٣٢، الفروع

٤: ٥١٤، المبدع ٦: ٣٥، المدوّنة الكبرى ٦: ٧٣، بلغة السالك و الشرح الصغير ٤: ٣١٧.

(٢) الوجيز ١: ٤٤٤.

(٣) منهاج الطالبين ٢: ٣٥٦.

(٤) الحاوي الكبير ١٠: ٤٢.

(٥) المبسوط للطوسي ٤: ١٣-١٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦١٠
في التذكرة «١».

و به قال المحقق «٢» و القاضي ابن البراج «٣» و ابن حمزة «٤» و كذا الشافعية «٥» و الحنفية «٦» و الحنابلة «٧» و لم نجد قولاً من المالكية.

الفرع الثالث: قال العلامة في التذكرة: «إذا أوصى لحمل امرأة فولدت ذكراً و انثى، تساويا في الوصية لأن ذلك عطية و هبة، فأشبه ما لو و هبها شيئاً بعد ولادتهما. و لو فصل بينهما أتبع كلامه، كالوقف.

و إن قال: إن كان في بطنها غلامٌ فله ديناران، و إن كان فيه جاريةٌ فلها دينار، فولدت غلاماً و جاريةً، فلكل واحدٍ منهما ما وصى له به؛ لوجود الشرط فيه.

و إن ولدت أحدهما منفرداً فله وصيته «٨».

و كذا في الرياض «٩».

و به أيضاً قال الشافعية «١٠» و الحنفية «١١» و الحنابلة «١٢».

الفرع الرابع: قال في القواعد: «لو أوصى للحمل فوضعت حياً و ميتاً صرف

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٦١، الطبعة الحجرية.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٠.

(٣) المهذب لابن البراج ٢: ١٠٨.

(٤) الوسيلة: ٣٧٦.

(٥) المهذب في فقه الشافعي ١: ٤٥٦، البيان في مذهب الشافعي ٨: ١٦٧، المجموع شرح المهذب ١٦: ٣٧٥، الحاوي الكبير ١٠: ٤٣.

(٦) بدائع الصنائع ٦: ٤٣١.

(٧) الكافي في فقه أحمد ٢: ٢٧٧، الإقناع ٣: ٥٨-٥٩.

(٨) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٦١، الطبعة الحجرية، تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٦٥.

(٩) رياض المسائل ٦: ٢٣٦.

(١٠) المهذب في فقه الشافعي ١: ٤٥٦، المجموع شرح المهذب ١٦: ٣٧٤، البيان في مذهب الشافعي ٨: ١٦٥.

(١١) بدائع الصنائع ٦: ٤٣١، المغنى و الشرح الكبير ٦: ٤٧٧.

(١٢) الكافي في فقه أحمد ٢: ٢٧٧، الإقناع ٣: ٥٨-٥٩.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦١١

الجميع إلى الحيّ مع احتمال النصف «١».

و قال المحقق الثاني في شرحه:

«وجه الأول: أن الميت كالمعدوم فيكون الحيّ كأنه تمام الحمل، فتكون الوصية له كما في الميراث الموقوف.

و وجه الثاني: أن تمام الحمل هو الحيّ و الميت، و كون الميت كالمعدوم إنما هو في عدم ثبوت الوصية له لا مطلقاً.

و لو كانا حينئذٍ لكان لكلٍ منهما النصف؛ لأنّ الحمل مجموعهما، فيكون كلام الموصي مُتَرَكاً عليهما، فلا يتفاوت الحال بموت

أحدهما؛ لأنّ من أوصى لحيّ و من ظنّ حياته فتبين موته، لا يُصَرَفُ الحصة التي أوصى بها للميت إلى الحيّ قطعاً فكذا هنا. و الفرق

بين الوصية و الإرث ظاهر؛ فإنَّ الإرث للقريب أتحد أو تعدد» (٢).

و قال أيضاً فى القواعد: «و كذا لو أوصى لأحد هذين و جَوَزنا الوصية المبهمة و مات أحدهما قبل البيان» (٣).

و أضاف المحقق الثانى فى شرحه: «أى و كذا الحكم فيما لو أوصى لأحد هذين (٤) و جَوَزنا الوصية المبهمة و مات أحدهما قبل البيان؛ فإنه يحتتمل فيه استحقاق الباقي الجميع و النصف؛ نظراً إلى أن الميت كالمعدوم، فتكون الوصية كلها للحى، و التفاتاً إلى التردد فى أن الحى يستحق الجميع؛ لكونه الموصى له، أو لا يستحق شيئاً؛ لكون الموصى له غيره، فيحكم بالنصف - و لقد أجاد

(١) قواعد الأحكام ٢: ٤٥٤.

(٢) جامع المقاصد ١٠: ٩٧.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٤٥٤.

(٤) فى المصدر لهذين، و الصواب ما أثبتناه.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦١٢

فى الإيراد عليه حيث قال: - و فى هذا نظر؛ لأنَّ الوصية لأحد هذين على طريق الإبهام، لا على معنى أيهما كان يجب أن تكون باطلة؛ لأنَّ المبهم فى حد ذاته يمتنع وجوده و العلم به، فتمتنع الوصية له.

و ما ذكره من قوله: «و مات أحدهما قبل البيان» يشعر بأنَّ الإبهام إنما هو عند السامع لا عند الموصى، و حينئذٍ فلا يجيء الاحتمالان باستحقاق الباقي الجميع أو النصف، بل يجب أن يُقال: إن أمكن البيان من الموصى، أو من يقوم مقامه فلا بحث، و إن تعدد أمكن القول بالقرعة و البطلان» (١).

و لم نجد فى كلمات فقهاء أهل السنَّة قولاً فى هذا الفرع إلَّا من الحنفية، حيث قال فى البدائع: «لو قال: أوصيت بثلث مالى لما فى بطن فلانة، فولدت لأقل من سنَّة أشهر من وقت موت الموصى ولداً ميتاً لا وصية له ... و لو ولدت ولدين حياً و ميتاً فجميع الوصية للحى؛ لأنَّ الميت لا يصلح محلاً لوضع الوصية فيه، و لهذا لو أوصى لحى و ميت كان كل الوصية للحى» (٢).

الفرع الخامس: قال الشيخ فى المبسوط: «إن كان - أى الوصية - مقيداً فقال:

أوصيت لحمل هذه الجارية و هو من فلان، فإن أتت به لأقل من سنَّة أشهر و لحقه النسب، فإنه تصحَّ الوصية؛ لأننا بينا أنه كان مخلوقاً موجوداً حال الوصية؛ لأنَّ أقل الحمل سنَّة أشهر، و إن أتت به لأكثر من سنَّة أشهر فالحكم على ما مضى فى المسألة الاولى.

فإن كان لها زوج فلا تصحَّ له الوصية؛ لأنه يجوز أن يكون حدث بعد الوصية. و إن لم يكن لها زوج نظرت؛ فإن أتت به لأقل من تسعة أشهر؛ فإنه يلحق النسب و تثبت له الوصية، و إن أتت به لأكثر من ذلك؛ فإنه لا يلحق النسب

(١) جامع المقاصد ١٠: ٩٧.

(٢) بدائع الصنائع ٦: ٤٣٣.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦١٣

و لا تصحَّ الوصية، فإن أوصى لحمل جارية و قال: هو ابن فلان فأنتت به و نفاه زوجها باللعان صحَّت الوصية؛ لأنه ليس فيه أكثر من انقطاع النسب بين الولد و والده، فأما من الأجنبي فلا» (١).

و فى التذكرة: لو قال الموصى: أوصيت لحمل فلانة من زيد، فكما يشترط العلم بوجوده عند الوصية، يشترط أن يكون ثابت النسب من زيد حتّى لو كانت الوصية بعد زوال الفراش فأنتت بولد لأكثر من سنَّة - عندنا - و من أربع سنين - عند الشافعى - من وقت الفراق و الأقل من سنَّة أشهر من يوم الوصية، فلا يستحق؛ لأنَّ النسب غير ثابت منه.

بخلاف ما إذا اقتصر على الوصية لحمل فلانة و لم يصرح بأنه من زيد، لم يشترط بكونه ثابت النسب من زيد، و لو اقتضى الحال ثبوت النسب من زيد، لكنه نفاه باللعان أو الإنكار، فقال بعضهم: لا تصح الوصية و أنه لا شيء له، لأنه لم يثبت نسبه، بل نفى نسبه عنه، و إذا لم يثبت نسبه لم يوجد شرطه.

و قال آخرون: إنه يستحق؛ لأنه كان النسب ثابتاً، إلا أنه انقطع باللعان، و اللعان إنما يؤثر في حق الزوجين خاصية، و لهذا لا يجوز لغير الزوج رميها بذلك.

و هذا الخلاف كالخلاف في أن التوأمين المنفيين باللعان يتوارثان بإخوة الأم وحدها، أو بإخوة الأبوين «٢».

و به قال الشافعية و الحنفية.

جاء في العزيز: لو قال الموصي: أوصيت لحمل هذه المرأة من زيد، لم تصح الوصية له إلا بشرطين: أحدهما: العلم بوجوده عند الوصية كما تقدم.

(١) المبسوط للطوسي ٤: ١٣.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٦٠-٤٦١ الطبعة الحجرية.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦١٤

و الثاني: ثبوت نسبه من أبيه المذكور في الوصية، و أن يكون ثابت النسب من زيد، حتى لو كانت الوصية بعد زوال الفراش، فأنت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الفراق، و لأقل من ستة أشهر من يوم الوصية، فلا يستحق؛ لأن النسب غير ثابت منه، و لو اقتضى الحال ثبوت النسب من زيد لكنه نفاه باللعان، فعن ابن سريج و عامة الأصحاب: أنه لا شيء له؛ لأنه لم يثبت نسبه.

و عن أبي إسحاق و أبي منصور أنه يستحق؛ لأنه كان النسب ثابتاً، إلا أنه انقطع باللعان، و اللعان إنما يؤثر في حق الزوجين «١».

و كذا في البيان «٢» و روضة الطالبين «٣» و المغنى و الشرح الكبير «٤» و غيرها «٥».

الفرع السادس: أنه إذا أوصى للحمل صحت الوصية، و كان القابل لها أبوه أو جدّه أو من يلي اموره بعد خروجه حياً، و لو قبل قبل انفصاله حياً ثم انفصل حياً، ففي الاعتداد بذلك القبول إشكال «٦».

أشير إلى هذا الفرع في كلام الشافعية أيضاً «٧».

نقول: لم نقف في هذه الفروع على نص، إلا أن ظاهر الأصحاب الاتفاق على ما ذكرناه؛ فإنه لم ينقل هنا خلاف في شيء من هذه الأحكام.

الفرع السابع: عدم صحة الوقف للحمل، الظاهر لا خلاف في أنه لا يصح الوقف للحمل.

(١) العزيز شرح الوجيز ٧: ١٠-١١.

(٢) البيان ٨: ١٦٥.

(٣) روضة الطالبين ٥: ١٧٣.

(٤) المغنى ٦: ٤٧٥، الشرح الكبير ٦: ٤٧٦.

(٥) المجموع شرح المهذب ١٦: ٣٢٧، مغنى المحتاج ٣: ٤١، الحاوى الكبير ١٠: ٤٤.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٦١، الطبعة الحجرية.

(٧) العزيز شرح الوجيز ٧: ١١، روضة الطالبين ٥: ١٧٤.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦١٥

قال الشيخ فى النهاية: «و لا يجوز أن يقف على من لم يوجد بعد، فإن وقف كذلك كان الوقف باطلاً» (١).

و به صرح أيضاً فى المقنعة (٢) و الخلاف (٣) و المبسوط (٤)، و المهذب (٥) و الوسيلة (٦) و غيرها (٧).

لعدم أهلية المعدوم للتملك و هو واضح. و صرح الفقهاء بأن فى معناه الحمل أيضاً؛ لأنه و إن كان موجوداً إلا أنه غير صالح للتملك ما دام حاملاً.

ففى المبسوط: «و من شرط صحة الوقف أن يكون الموقوف عليه ابتداءً ممن يملك المنفعة، و لا يجوز أن يقف على من لا يملك فى الحال ... أو على حمل هذه الجارية و لم ينفصل الحمل بعد بلا خلاف» (٨).

و فى الخلاف: «إذا وقف على من لا يصح الوقف عليه مثل العبد، أو حمل لم يوجد ... يبطل الوقف» (٩).

و به صرح ابن حمزة (١٠) و الراوندى (١١) و الحللى (١٢) و ابن زهرة (١٣).

(١) النهاية للطوسى: ٥٩٦.

(٢) المقنعة: ٦٥٥.

(٣) الخلاف ٣: ٥٤٤.

(٤) المبسوط للطوسى ٣: ٢٩٢.

(٥) المهذب لابن البراج ٢: ٨٨.

(٦) الوسيلة لابن حمزة: ٣٧٠.

(٧) الجامع للشرائع: ٣٧٠، شرائع الإسلام ٢: ٢١٤، قواعد الأحكام ٢: ٣٩٠، جامع المقاصد ٩: ٣٨.

(٨) المبسوط للطوسى ٣: ٢٩٢.

(٩) الخلاف ٣: ٥٤٤.

(١٠) الوسيلة لابن حمزة: ٣٧٠.

(١١) فقه القرآن ٢: ٢٩٣.

(١٢) السرائر ٣: ١٥٦.

(١٣) غنية النزوع: ٢٩٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦١٦

و الفاضلان (١).

و قال فى تحرير الوسيلة: «يعتبر فى الوقف الخاص وجود الموقوف عليه حين الوقف، فلا يصح الوقف ابتداءً على المعدوم و من سيوجد بعد، و كذا الحمل قبل أن يولد» (٢).

و لم نقف على نص فى المقام، إلا أنه مضافاً إلى الاتفاق فى المسألة، بل تسالم الكلّ عليها، حيث إن الوقف إما تملك العين و المنفعة، و إما تملك المنفعة فقط، فلا بدّ من قابلية الموقوف عليه للتملك، و الحمل لا يصلح لذلك، بخلاف الوصية، حيث إنّها تملك فى المستقبل، و لذا اشترطوا فيها وضعه حيناً، فلو مات قبل خروجه حيناً بطلت الوصية كما تقدّم.

و لذا جاء فى جامع المقاصد: «أما الحمل؛ فلأنه لم يثبت تملكه إلا فى الوصية، و لعدم القطع بحياته. و الفرق بين الوصية و الوقف، أن الوصية تتعلق بالمستقبل، و الوقف تسليط فى الحال» (٣).

و فى المسالك: «تفريع الحمل على المعدوم لا يخلو من تجوز؛ لأنه فى نفسه موجود، غاية استتاره، و إنّما يشاركه فى الحكم بعدم صحّة الوقف عليه من جهة اخرى؛ و هى أهلية الموقوف عليه للتملك؛ فإنها شرط من حيث إن الوقف إما تملك العين و المنفعة إن

قلنا: إنَّ الوقف يملكه الموقوف عليه. و إما تملك المنفعة إن لم نقل به، و الحمل لا يصلح لشيءٍ منهما» (٤)

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢١٤، قواعد الأحكام ٢: ٣٩٠، تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٢٩٧، تذكرة الفقهاء ٢: ٤٢٨، الطبعة الحجرية.

(٢) تحرير الوسيلة ٢: ٦٧، مسألة ٣٥.

(٣) جامع المقاصد ٩: ٣٨ - ٣٩.

(٤) مسالك الأفهام ٥: ٣٢٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦١٧

و خالف السيد اليزدى ما ذهب إليه المشهور، حيث قال بصحة الوقف للحمل لو لا الإجماع، و اعتقد أنه لا إجماع فى المسألة، و ذكر فى تحقيق المسألة ما ملخصه:

أولاً: لا فرق بين الحمل و الرضيع خصوصاً مع فصل قليل، كما إذا كان قبل الوضع بربع ساعة، و اشتراط إرثه بتولده حياً ليس لعدم قابليته للملكية، بل للدليل الخاص، فلا يصح القياس عليه.

و ثانياً: بالنقض بما إذا كان تبعاً لموجود، فإنه يجوزونه، كما إذا وقف على أولاده الموجودين و من سيوجد منهم، و كما فى سائر البطون اللاحقة، فإن تملك المعدوم لو كان غير معقول لم يكن فرق بين الاستقلال و التبعية.

و ثالثاً: لا فرق فى المعقولية و عدمها بين كون المالك معدوماً أو المملوك، مع أنهم يجوزون تملك الكلى فى الذمة، مع أنه ليس شيئاً موجوداً فى الخارج، و أيضاً يجوزون بيع الثمار قبل بروزها عامين أو مع الضميمة، و يجوزون تملك المنافع و ليست موجودة بل يستوفى شيئاً فشيئاً.

و رابعاً: التحقيق أن الملكية من الامور الاعتبارية، فوجودها عين الاعتبار العقلاني... فيكفيها المحل الموجود فى اعتبار العقلاء، كيف؟ و إلا لزم عدم تعلق الوجوب بالصلاة، و لا الحرمة بالزنا إلا بعد وجودهما فى الخارج. نعم، مبانيها من الحبّ و البغض و الإرادة و الكراهة أعراض خارجية.

و خامساً: أن الوقف ليس تملكاً، و الظاهر عدم الإشكال فى جواز الوقف على الحجاج و الزوّار مع عدم وجود زائر أو حاج حين الوقف، و كذا الوقف على طلاب مدرسة معينة مع عدم وجودهم فيها حاله - إلى أن قال: - إنه إن تم الإجماع على عدم صحة الوقف على المعدوم الذى سيوجد، و إلا فالأقوى صحته، و تحقق الإجماع الكاشف عن رأى المعصوم عليه السلام دونه خرط القتاد» (١)

(١) تتمّة العروة الوثقى، كتاب الوقف ١: ٢٠٠ - ٢٠١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦١٨

نقول: لو لم يكن فى المسألة إجماع كان لما أفاده قدس سره وجه، و لكنّ الظاهر ثبوت الإجماع بل تسالم الفريقين، و لم تكن فى النصوص مستند لهذا الإجماع حتى يستشكل بأنه مدركى، بل غير بعيد أن فتوى القدماء - مثل المفيد و المشايخ الثلاثة - خصوصاً إذا اتفقوا على أمر، يكشف ذلك عن تلقّيهم ذلك الأمر من الأئمة عليهم السلام، على هذا قول المشهور هو الأقوى، و هو المعتمد، و الله العالم بحكمه.

و قال بعض الأعلام فى تفصيل الشريعة فى المقام: «إن تم الإجماع على عدم صحة الوقف على المعدوم الذى سيوجد، و إلا فالأقوى صحته، و الإجماع - على تقديره - لا يكون كاشفاً عن رأى المعصوم عليه السلام؛ لأنهم يعللون بهذا التعليل العليل، و توجيه عدم الصحة من طريق اعتبار القبض فى الصحة ممنوع بعدم اشتراط الفورية فى القبض، و بإمكان قبض الحاكم أو المتولى» (١).

هذا إذا وقف على الحمل مستقلاً، أما لو وقف على المعدوم و الحمل تبعاً للموجود صحّ كما صرح به فى المقنعة (٢) و المبسوط (٣)

و الوسيلة «٤» و الغنية «٥» و السرائر «٦» و الشرائع «٧» و التذكرة «٨» و التحرير «٩» و الدروس «١٠» و اللمعة «١١» و جامع

(١) تفصيل الشريعة، كتاب الوقف: ٥٠.

(٢) المقنعة: ٦٥٥.

(٣) المبسوط للطوسي ٣: ٢٩٢.

(٤) الوسيلة لابن حمزة: ٣٧٠.

(٥) غنية النزوع: ٢٩٧.

(٦) السرائر ٣: ١٥٦.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢١٤.

(٨) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٢٨، الطبعة الحجرية.

(٩) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٢٩٧.

(١٠) الدروس الشرعية ٢: ٢٦٩.

(١١) اللمعة الدمشقية: ٥٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦١٩

المقاصد «١» و المسالك «٢» و غيرها «٣».

قال فى تحرير الوسيلة: «و لو وقف على المعدوم أو الحمل تبعاً للموجود؛ بأن يجعل طبقه ثانية، أو مساوياً للموجود فى الطبقة بحيث شاركه عند وجوده، صح بلا إشكال، كما إذا وقف على أولاده الموجودين و من سيولد على التشريك أو الترتيب» «٤».

الوقف على الحمل عند أهل السنة

ذهب المالكية إلى أنه يصح الوقف على من هو أهل للتملك كمن سيولد.

ففى مواهب الجليل: «المشهور المعمول عليه صحته - أى الوقف - على الحمل ... و زعم بعضهم أنه لا يجوز على الحمل، و الروايات واضحة بصحته» «٥».

و جاء فى حاشية الدسوقي: و يصح على من سيولد فيعطاهما ما لم يحصل مانع من الوجود كموت إلاً أنه غير لازم بمجرد عقده، بل يوقف لزومه إلى أن يوجد «٦».

و أما الشافعية، فقد نصوا على عدم صحة الوقف على الحمل؛ لعدم صحته تملكه؛ سواء أ كان مقصوداً أم تابعاً، حتى لو كان له أولاد و له جنين عند الوقف

(١) جامع المقاصد ٩: ٣٩.

(٢) مسالك الأفهام ٥: ٣٢٨.

(٣) فقه القرآن للراوندى ٢: ٢٩٣، الجامع للشرائع: ٣٧٠، قواعد الأحكام ٢: ٣٩١، إرشاد الأذهان ١: ٤٥٢، تبصرة المتعلمين: ١٢٦،

التفقيح الرائع ٢: ٣٠٨، الروضة البهية ٣: ١٧٨، الحدائق الناضرة ٢٢: ١٨٩، جواهر الكلام ٢٨: ٢٧، مفتاح الكرامة ٩: ٤٨، رياض المسائل

٩: ٣١١، وسيلة النجاة ٢: ١٣٠، منهاج الصالحين للخوئي ٢: ٢٤٠.

(٤) تحرير الوسيلة ٢: ٦٨ كتاب الوقف مسألة ٣٥.

(٥) مواهب الجليل ٧: ٦٣٢.

(٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤: ٧٧.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٢٠

لم يدخل إلّا إذا انفصل حيّاً؛ فإنّه يدخل معهم «١».

ففى الوجيز: «و لا يجوز- أى الوقف- على الجنين؛ لأنّه لا تسليط فى الحال» «٢» و كذا فى فتح الوهاب «٣».

و جاء فى المهذب: «و لا يجوز الوقف على من لا يملك كالعبد و الحمل؛ لأنّه تملك منجز، فلم يصحّ على من لا يملك كالهبة و الصدقة» «٤».

و به قال الحنابلة، فقد جاء فى المغنى: «و من وقف على أولاده أو أولاد غيره و فيهم حمل لم يستحقّ شيئاً قبل انفصاله؛ لأنّه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله» «٥».

و فى الشرح الكبير: «و لا يصحّ على حيوان لا يملك كالعبد القنّ ... و الحمل و الملك» «٦...».

و كذا فى الإنصاف، و أضاف: و هذا المذهب، و عليه جماهير الأصحاب، و قطع به كثير منهم «٧».

و لم نعثر للحنفية فيما استطعنا الوصول إليه من كتبهم فى باب الوقف على نصّ خاصّ فى هذه المسألة.

٥٣ مع تصرّف. فى كميته، و يقال منه للمالك: مقارض بالكسر، و للعامل: مقارض بالفتح». و كذا فى جواهر الكلام ٢٦: ٣٣٦ و

الحدائق الناضرة ٢١: ١٩٩ و ٢٠٠.

(١) مغنى المحتاج ٢: ٣٧٩.

(٢) الوجيز فى فقه الشافعى ١: ٤٢٥.

(٣) فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ١: ٤٤١.

(٤) المهذب فى فقه الشافعى ١: ٤٤١.

(٥) المغنى ٦: ٢٠٥.

(٦) الشرح الكبير ٦: ١٩٨.

(٧) الإنصاف ٧: ٢١.

موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٢١

فهرس أحكام الأطفال و أدلتها

الجزء الثانى الفصل السادس: ولاية الوكيل ... ٥

المبحث الأوّل: معنى الوكالة و ذكر الأقوال فيها ... ٥

المبحث الثانى: أدلّة هذا الحكم ... ١٠

المبحث الثالث: ولاية الوكيل عند الجمهور من أهل السنّة ... ١٣

الفصل السابع: ما يترتب على نكاح الصغيرين ... ١٧

المبحث الأوّل: التوارث بين الصغيرين ... ١٧

- أدلّة توارث الصغيرين عن الآخر ... ١٨

- إذا عقد على الصغيرين غير وليّهما ... ١٩

- الجواب عن شبهتين فى الصحيحة ... ٢٢
- رأى بعض أهل السنّة فى المسألة ... ٢٣
- المبحث الثانى: من عليه المهر ... ٢٥
- تترتب على هذه المسألة فروع ... ٢٩
- رأى بعض أهل السنّة فى ضمان الأب، المهر ... ٣١
- المبحث الثالث: الحرمة بالمصاهرة ... ٣٢
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج٢، ص: ٦٢٢
- المسألة الأولى: نكاح أمّ الزوجة الصغيرة ... ٣٣
- أدلّة قول الأوّل ... ٣٤
- الثالث: الأخبار الكثيرة ... ٣٧
- حرمة أمّ الزوجة الصغيرة على الزوج ... ٣٩
- أدلّة هذا القول ... ٤٠
- الترجيح للأخبار التى دلّت على التحريم ... ٤٣
- التوقف فى المسألة ... ٤٤
- آراء فقهاء أهل السنّة فى المسألة ... ٤٥
- رأى المحقق القمى فى تزويج الصغيرة ... ٤٦
- الجواب عن المحقق القمى رحمه الله ... ٥٢
- المسألة الثانية و الثالثة: حرمة زوجة كل من الأب و الابن على الآخر ... ٥٦
- المبحث الرابع: عدم جواز وطء الزوجة قبل التسع ... ٥٩
- المطلب الأوّل: حرمة وطء الزوجة قبل التسع ... ٥٩
- المطلب الثانى: حكم الدخول بالزوجة قبل التسع ... ٦١
- المطلب الثالث: عدم كون الإفضاء موجبا للينونة ... ٦٤
- المطلب الرابع: وجوب الديّة بالإفضاء ... ٦٥
- المطلب الخامس: وجوب نفقتها على الزوج ... ٦٩
- المطلب السادس: وجوب المهر لها ... ٧٠
- المطلب السابع: جواز وطئها لو اندمل الموضع ... ٧٠
- آراء فقهاء أهل السنّة فى جواز وطء الصغيرة قبل التسع ... ٧١
- المبحث الخامس: حكم نفقة الزوجة الصغيرة ... ٧٣
- كون وجوب النفقة، مشروطاً بالتمكين الكامل ... ٧٤
- أدلّة اشتراط وجوب النفقة بالتمكين ... ٧٥
- اقتضاء عقد النكاح بذاته للنفقة ... ٨١
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج٢، ص: ٦٢٣
- أدلّة هذا القول ... ٨٣

- الأول: الآيات ... ٨٣
- الثاني: الأخبار ... ٨٤
- عدم وجوب النفقة على الزوج الصغير ... ٨٨
- أدلة هذا القول ... ٨٩
- وجوب نفقة الزوجه على الزوج الصغير ... ٩١
- آراء فقهاء أهل السنّة في نفقة الزوجه الصغيرة ... ٩٢
- المبحث السادس: حكم عدّة الصغيرة في الطلاق ... ٩٥
- جواب العلّامة و الشهيد عن استدلال السيد المرتضى ... ٩٧
- الروايات التي تدلّ على مذهب السيد المرتضى و أتباعه ... ١٠٠
- إيضاح ... ١٠٢
- عدم وجوب العدّة على الزوجه الصغيرة ... ١٠٢
- أدلة عدم ثبوت العدّة للصغيرة ... ١٠٤
- وجوب عدّة الوفاة على الزوجه الصغيرة ... ١٠٦
- رأى فقهاء أهل السنّة في عدّة الصغيرة ... ١٠٩
- وجوب الحداد على الزوجه الصغيرة ... ١١٠
- المبحث السابع: عدم الولاية على الطلاق ... ١١٤
- أدلة عدم جواز طلاق الولي عن الصبي ... ١١٥
- آراء فقهاء أهل السنّة في هذه المسألة ... ١١٧
- فرع ... ١٢٠
- تنبيه ... ١٢١
- الفصل الثامن: النظر إلى الصبي و الصبيّة و لمسهما و تقبيلهما ... ١٢٣
- تمهيد ... ١٢٣
- المبحث الأول: النظر إلى جسد الصبيّة و الصبي و عورتها ... ١٢٥
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٢٤
- أ- النظر إلى الصبيّة ... ١٢٥
- أدلة جواز النظر إلى الصغيرة ... ١٢٦
- عدم جواز النظر إلى الصغيرة مع تلذذ و شهوة ... ١٣٠
- ب- نظر المرأة إلى الصغير ... ١٣١
- ج- نظر الصبي إلى المرأة الأجنبية ... ١٣٢
- إيضاح ... ١٣٧
- د- النظر إلى عورة الصغيرة ... ١٣٧
- ه- نظر المميّز إلى عورة الرجل أو المرأة ... ١٣٨
- المبحث الثاني: لمس الصبيّة و الصبي ... ١٤٣

- المبحث الثالث: تقبيل الرجل الصبي و المرأة للصبي ... ١٤٦
- المطلب الأول: تقبيلهما قبل أن يأتي عليهما ست سنين ... ١٤٦
- أدلة هذا الحكم ... ١٤٦
- المطلب الثاني: تقبيلها بعد أن يأتي عليها ست سنين ... ١٥١
- إيضاح ... ١٥٣
- أنظار فقهاء أهل السنة في مباحث هذا الفصل ... ١٥٤
- الفصل التاسع: ولاية الأب و الجدّ على أموال الصغار ... ١٦١
- تمهيد ... ١٦١
- المبحث الأول: ثبوت ولاية الأب و الجدّ على الأموال و أدلتها ... ١٦٣
- إيراد المحقق الاصفهاني و الجواب عنه ... ١٦٩
- إيراد المحقق الإيرواني و السيد الخوئي و الجواب عنهما ... ١٧٠
- الإيراد على الاستدلال بهذه الأخبار و الجواب عنه ... ١٧٣
- الولاية على أموال الصغار عند فقهاء أهل السنة ... ١٧٨
- المبحث الثاني: تعميم الولاية للأجداد كلهم ... ١٨١
- المطلب الأول: عدم اختصاص الولاية بالجدّ الداني ... ١٨١
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٢٥
- الإيراد على الاستدلال و الجواب عنه ... ١٨٢
- المطلب الثاني: كون الأجداد في مرتبة واحدة ... ١٨٣
- المطلب الثالث: تقارن تصرف الأب و الجدّ ... ١٨٥
- آراء فقهاء أهل السنة في مسائل هذا المبحث ... ١٨٧
- المبحث الثالث: شرائط ولاية الأب و الجدّ على أموال الصغار ... ١٨٩
- المطلب الأول: اشتراط العدالة ... ١٨٩
- أدلة هذا الشرط ... ١٩٠
- الجواب عن الاستدلال بآية النبأ ... ١٩٣
- إيضاح ... ١٩٥
- عدم اشتراط العدالة في ثبوت الولاية للأب و الجدّ ... ١٩٦
- أدلة قول الثاني ... ١٩٧
- القول الثالث: التوقف في المسألة ... ٢٠٣

شيرازی، قدرت الله انصاری و پژوهشگران مرکز فقهی ائمه اطهار عليهم، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ٤ جلد، مرکز فقهی ائمه

اطهار عليهم السلام، قم - ایران، اول، ١٤٢٩ هـ ق موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها؛ ج ٢، ص: ٦٢٥

- اشتراط العدالة في الولاية على الأموال، عند بعض أهل السنة ... ٢٠٤

-المطلب الثاني: اشتراط المصلحة أو عدم المفسدة ... ٢٠٥

- كون نفوذ تصرفات الأب و الجدّ منوطاً بعدم المفسدة ... ٢٠٧
- تصرفات الولي مشروط بالمصلحة ... ٢١٠
- أدلة اعتبار المصلحة في تصرفات الأب و الجدّ ... ٢١١
- مناقشة الشيخ الأعظم على الاستدلال بالآية و الجواب عنه ... ٢١٥
- اشتراط إحراز المصلحة أو عدم المفسدة ... ٢١٩
- آراء جمهور أهل السنة في مسائل هذا البحث ... ٢٢١
- المبحث الرابع: ولاية الوصي على أموال الصغار و شرائطها ... ٢٢٣
- المطلب الأول: ولاية الوصي ... ٢٢٣
- أدلة ولاية الوصي على أموال الصغار ... ٢٢٤
- آراء فقهاء أهل السنة في ولاية الوصي على أموال الصغار ... ٢٢٧
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج٢، ص: ٦٢٦
- المطلب الثاني: بيان شرائطها ... ٢٣٠
- اشتراط تصرفات الوصي للمصلحة عند أهل السنة ... ٢٣١
- المبحث الخامس: نفوذ تصرفات الوكيل على أموال الصغار ... ٢٣٣
- الفصل العاشر: ولاية الحاكم و القاضى و عدول المؤمنين على أموال الصغار ... ٢٣٥
- المبحث الأول: ولاية الحاكم ... ٢٣٥
- أدلة ولاية الحاكم على أموال الصغار ... ٢٣٨
- إيراد المحقق الخوئي على الاستدلال بالآية و الجواب عنه ... ٢٤٠
- الإيراد على الاستدلال بالصحيحة و الجواب عنه ... ٢٤٦
- جواز التصرف في أموال الصغار حسباً ... ٢٥٩
- ولاية الحاكم على أموال الصبي عند فقهاء أهل السنة ... ٢٦١
- المبحث الثاني: اعتبار المصلحة في تصرفات الحاكم و أمينه ... ٢٦٣
- أدلة هذا الحكم ... ٢٦٥
- الأول: الآيات ... ٢٦٥
- الثاني: النصوص ... ٢٦٧
- توهم التعارض و الجواب عنه ... ٢٧٠
- فرعان ... ٢٧٢
- اعتبار الأصلية في تصرفات الحاكم ... ٢٧٧
- عدم اعتبار المصلحة في تصرفات الحاكم ... ٢٨٠
- أدلة هذا القول ... ٢٨٠
- اعتبار المصلحة في ولاية الحاكم عند فقهاء أهل السنة ... ٢٨١
- المبحث الثالث: ولاية القضاة ... ٢٨٤
- تمهيد ... ٢٨٤

- أدلة ولاية القضاة على أموال الصغار ... ٢٨٧
- ولاية القضاة على أموال الأيتام عند فقهاء أهل السنة ... ٢٩٢
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج٢، ص: ٦٢٧
- تذكرة ... ٢٩٣
- المبحث الرابع: ولاية عدول المؤمنين ... ٢٩٥
- أدلة هذا الحكم ... ٢٩٩
- عدم ولاية عدول المؤمنين على أموال الأيتام ... ٣٠٦
- يجوز لعدول المؤمنين نصب القيم للأيتام ... ٣٠٧
- عدم ثبوت الولاية على أموال الصغار للفشاق ... ٣٠٩
- آراء مذاهب أهل السنة في المسألة ... ٣١١
- المبحث الخامس: شرائط ولاية عدول المؤمنين ... ٣١٣
- عدم اشتراط ولاية عدول المؤمنين بتعدّد الإذن من الفقيه ... ٣١٦
- تذكرة ... ٣٢٠
- الباب الخامس: بيان موارد تصرف الأولياء
- تمهيد ... ٣٢١
- الفصل الأول: البيع و الشراء و الاتجار و المصالحة بمال الصبي ... ٣٢٣
- المبحث الأول: البيع و الشراء و الاتجار بمال الصبي ... ٣٢٣
- أدلة جواز البيع و الشراء بمال الطفل ... ٣٢٥
- آراء فقهاء أهل السنة في هذه المسألة ... ٣٢٧
- المبحث الثاني: الفروع التي تنشأ من ولاية الأولياء على أموال الصغار ... ٣٣١
- آراء فقهاء أهل السنة في اختلاف الوصي مع الصغير ... ٣٤٨
- المبحث الثالث: المصالحة بمال الطفل ... ٣٥٠
- أدلة جواز المصالحة بمال الطفل ... ٣٥١
- عدم تبرئة ذمة من عليه الحق ... ٣٥٢
- حكم المصالحة بمال الصبي عند فقهاء أهل السنة ... ٣٥٤
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج٢، ص: ٦٢٨
- الفصل الثاني: الامور التي هي من شؤون الاتجار ... ٣٥٧
- المبحث الأول: المضاربة و الإبضاع بمال اليتيم ... ٣٥٨
- أدلة هذين الحكمين ... ٣٦١
- المضاربة و الإبضاع بمال الصبي عند أهل السنة ... ٣٦٣
- المبحث الثاني: الرهن و الارتهان و الإقراض و الاقتراض ... ٣٦٧
- أدلة جواز رهن مال الصبي ... ٣٦٩
- الارتهان للصغير ... ٣٧٠

- اشتراط كون الرهن مساوياً لمال الصغير أو أزيد ... ٣٧٢
- آراء فقهاء أهل السنّة في المسائل التي تقدّمت ... ٣٧٣
- اقتراض الوليّ من مال الصبيّ ... ٣٧٨
- أدلّة جواز اقتراض الوليّ من مال الصبيّ ... ٣٧٩
- عدم جواز الاقتراض من مال الصبيّ ... ٣٨٠
- اقتراض الوليّ من مال الصبيّ عند فقهاء أهل السنّة ... ٣٨١
- المبحث الثالث: إيداع مال الصبيّ و عاريته ... ٣٨٢
- أدلّة جواز إيداع مال الصبيّ ... ٣٨٤
- الإيداع و العارية في مال الصبيّ عند فقهاء أهل السنّة ... ٣٨٤
- الفصل الثالث: إجارة الوليّ الصبيّ أو ماله ... ٣٨٧
- المبحث الأوّل: إجارة الوليّ نفس الصبيّ ... ٣٩٠
- جواز فسخ الصبيّ بعد بلوغه و رشده ... ٣٩٤
- عدم جواز فسخ الصبيّ بعد بلوغه و رشده ... ٣٩٦
- أدلّة هذا القول ... ٣٩٧
- المبحث الثاني: إجارة الوليّ ما يملكه الصبيّ ... ٤٠٠
- فرع ... ٤٠٤
- إجارة الوليّ نفس الصبيّ أو ماله عند فقهاء أهل السنّة ...: ٤٠٥
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٢٩
- المبحث الثالث: جواز أخذ الاجرة من مال الطفل ... ٤٠٩
- المقام الأوّل: أن يكون المتولّي فقيراً ... ٤٠٩
- أدلّة جواز أخذ الوليّ اجرة المثل ... ٤١٤
- المقام الثاني: أن يكون الوليّ غنياً ... ٤٢١
- المناقشة في الاستدلال بالآية ... ٤٢٢
- المناقشة في الاستدلال بالموثقة ... ٤٢٤
- جواز أخذ الاجرة ... ٤٢٧
- أدلّة جواز أخذ الاجرة مع الغنى ... ٤٢٨
- امور هامة ينبغي ذكرها ... ٤٣٠
- آراء فقهاء أهل السنّة في جواز أخذ الاجرة من مال الطفل ... ٤٣٣
- الفصل الرابع: استيفاء حقوق الطفل ... ٤٣٩
- تمهيد ... ٤٣٩
- المبحث الأوّل: استيفاء حقّ الشفعة ... ٤٤٠
- أدلّة استيفاء حقّ الشفعة للصبيّ ... ٤٤١
- للصبي أخذ الشفعة بعد البلوغ ... ٤٤٢

- ليس للصبى أخذ الشفعة بعد البلوغ ... ٤٤٣
- أخذ الولي الشفعة عند فقهاء أهل السنة ... ٤٤٤
- المبحث الثاني: استيفاء حق الخيار للصبى ... ٤٤٨
- أدلة ثبوت حق الخيار للصبى ... ٤٤٩
- ثبوت الخيار للولي في حال كونه موجباً وقابلأ باعتبارين ... ٤٥١
- فرع ... ٤٥٣
- استيفاء حق الخيار عند فقهاء أهل السنة ... ٤٥٣
- المبحث الثالث: الولاية على القبول و القبض في الهبة ... ٤٥٦
- أدلة جواز الهبة بالمعاطاة ... ٤٥٩
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ٢، ص: ٦٣٠
- إيضاح ... ٤٦٠
- قبول الولي الهبة و الهدية للصبى ... ٤٦١
- فرع ... ٤٦٣
- آراء فقهاء أهل السنة في المسألة ... ٤٦٤
- المطلب الثاني: الولاية على قبض الهبة ... ٤٦٥
- أدلة قبض الولي الهبة للصبى ... ٤٦٨
- اشتراك الصدقة و الهبة في القبض ... ٤٧٠
- فروع ... ٤٧٠
- آراء فقهاء أهل السنة في الولاية على قبض الهبة ... ٤٧٢
- المبحث الرابع: الولاية على القبض في الوقف على الأطفال ... ٤٧٧
- المطلب الأول: أن يتولى الأب أو الجد أو الوصي القبض عن الصغير ... ٤٧٧
- أدلة هذا الحكم ... ٤٧٩
- المطلب الثاني: اعتبار قصد القبض أو عدمه عن الصبي ... ٤٧٩
- أدلة عدم اعتبار قصد القبض عن الصبي ... ٤٨٢
- فرع ... ٤٨٦
- الولاية على القبول و القبض في الوقف عند أهل السنة ... ٤٨٦
- المبحث الخامس: الولاية على قبول الوصية للصغير ... ٤٩٢
- الولاية على القبول في الوصية للصغير عند فقهاء أهل السنة ... ٤٩٥
- الفصل الخامس: الوصية بالولاية ... ٤٩٩
- المبحث الأول: تعريفها و أركانها ... ٥٠٠
- أ- تعريفها ... ٥٠٠
- ب- أركانها ... ٥٠٠
- إيضاح ... ٥٠٢

- المبحث الثانى: ولاية الأب و الجدّ فى الوصية بأمر أولادهم ... ٥٠٤
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج٢، ص: ٦٣١
- أدلة جواز الوصية بالولاية ... ٥٠٦
- فرع ... ٥٠٩
- آراء فقهاء أهل السنة فى الوصية بالولاية ... ٥٠٩
- إيضاح ... ٥١٢
- المبحث الثالث: ولاية الوصى فى المقام ... ٥١٤
- أدلة الصورة الاولى ... ٥١٤
- عدم جواز الوصية بالولاية ...: ٥١٦
- إطلاق الوصية ... ٥١٨
- جواز الوصية بالولاية ... ٥٢٠
- آراء فقهاء أهل السنة فى الوصية بالولاية من الوصى ... ٥٢٣
- المبحث الرابع: عدم ولاية الحاكم على الوصية بالولاية ... ٥٢٦
- أدلة عدم جواز الوصية بالولاية للحاكم ... ٥٢٧
- فرع ... ٥٢٨
- إيضاح ... ٥٣٠
- المبحث الخامس: عدم تولّى الام الوصية بالولاية ... ٥٣٢
- فرع ... ٥٣٣
- آراء فقهاء أهل السنة فى الوصية بالولاية للام ... ٥٣٥
- المبحث السادس: نصب القيم مع وجود الجدّ ... ٥٣٦
- أدلة هذا الحكم ... ٥٣٨
- بطلان الوصية فى زمان ولاية الجدّ ... ٥٣٨
- صحّة الوصية فى الثلث ... ٥٤٠
- آراء فقهاء أهل السنة فى نصب القيم مع وجود الجدّ ... ٥٤٣
- المبحث السابع: الطرق المعتمدة لإثبات الوصية بالولاية ... ٥٤٣
- إثباتها عند عدم الاختلاف ... ٥٤٣
- موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج٢، ص: ٦٣٢
- إثبات الوصية بالولاية بالكتابة ... ٥٤٥
- فرع: حكم الوصية التى سجّلت فى الشريط أو غيره ... ٥٥٨
- إثبات الوصية بالولاية مع اختلاف الورثة ... ٥٥٩
- فرع: يستحبّ الإشهاد على الوصية ... ٥٦٨
- إثبات الوصية بالولاية عند أهل السنة ... ٥٦٩
- المبحث الثامن: الرجوع عن الوصية أو استبدالها ... ٥٧٣

- المطلب الأول: رجوع الموصى عن الوصية ... ٥٧٣
- أدلة جواز الرجوع من الوصية ... ٥٧٤
- المطلب الثاني: رجوع الموصى إليه عن الوصية ... ٥٧٥
- أدلة جواز رد الوصية للموصى ... ٥٧٦
- المطلب الثالث: موارد عدم جواز رد الوصية فيها ... ٥٧٨
- المبحث التاسع: كون الوصى أميناً ... ٥٩٢
- أدلة عدم ضمان الوصى ... ٥٩٤
- فرع ... ٦٠٠
- المبحث العاشر: الحاكم وصى لمن لا وصى له ... ٦٠١
- آراء فقهاء أهل السنة في المقام ... ٦٠٥
- المبحث الحادى عشر: فروع حول الوصية للحمل ... ٦٠٨
- الوقف على الحمل عند أهل السنة ... ٦١٩

تعريف مركز القائمية باصفهان للتمريات الكمبيوترية

جاهدوا بأموالكم و أنفسكم فى سبيل الله ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون (التوبة/٤١).

قال الإمام على بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبِحَار - فى تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عُيُونُ أَخْبَارِ الرِّضَا(ع)، الشيخ الصدوق، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادى" - "رحمه الله" - كان أحدًا من جهابذة هذه المدينة، الذى قد اشتهر بشغفه بأهل بيت النبى (صلوات الله عليهم) ولاسيما بحضرة الإمام على بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ و لهذا أسس مع نظره و درايته، فى سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقه لم ينطفئ مصباحها، بل تتبّع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمية" للتحرى الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطه من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامى - دام عزه - و مع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميه و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، فى مجالات شتى: دينيه، ثقافيه و علميه...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافه الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحرى الأذق للمسايل الدينيه، تخليف المطالب النافعه - مكان البلايتى المبتدله أو الرديئه - فى المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضيه واسعة جامعته ثقافيه على أساس معارف القرآن و أهل البيت -عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعه ثقافه القراءة و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم الإسلاميه، إناله منابع اللازمه لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة فى جامعه، و...

- منها العداله الاجتماعيه: التى يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثه متصاعده، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - فى آكناف البلد - و نشر الثقافه الاسلاميه و الإيرانيه - فى أنحاء العالم - من جهه أخرى.

- من الأنشطة الواسعه للمركز:

- (الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ كتبٍ، كتيبه، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءة
- (ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقيه و مكتبيه، قابله للتشغيل في الحاسوب و المحمول
- (ج) إنتاج المعارض ثلاثيه الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركة و... الأماكن الدينيه، السياحيه و...
- (د) إبداع الموقع الانترنتي "القائمية" www.Ghaemiyeh.com و عدده مواقع أخر
- (ه) إنتاج المنتجات العرضيه، الخطابات و... للعرض في القنوات القمرية
- (و) الإطلاع و الدعم العلمى لنظام إجابة الأسئلة الشرعيه، الاخلاقيه و الاعتقاديه (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)
- (ز) ترسيم النظام التلقائى و اليدوى للبلوتوث، ويب كاشك، و الرسائل القصيره SMS
- (ح) التعاون الفخرى مع عشرات مراكز طبيعيه و اعتباريه، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميه، الجوامع، الأماكن الدينيه كمسجد جمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع "ما قبل المدرسه" الخاص بالأطفال و الأحداث المشاركين في الجلسه

(ى) إقامة دورات تعليميه عموميه و دورات تربيه المربى (حضوراً و افتراضاً) طيله السنه

المكتب الرئيسى: إيران/أصبهان/ شارع "مسجد سيد" / ما بين شارع "بنج رمضان" و "مفترق" و فائى/ "بنايه" القائمية

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسيه (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكتروني: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتي: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠٢٣ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٣٥٧٠٢٢ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزاتية الحالية لهذا المركز، شعبيته، تبرعته، غير حكوميه، و غير ربحيه، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا توافى الحجم المتزايد و المتسع للامور الدينيه و العلميه الحالية و مشاريع التوسعه الثقافيه؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمية) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحه بقيه الله الأعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكل توفيقاً متزائداً لإعانتهم - فى حد التمكن لكل احد منهم - إيانا فى هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله ولى التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
أصبحان
الغائمي

WWW



للحصول على المكتبات الخاصة الأخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للإيحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

